



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais -
FAJS

MANUELA MOTA

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*: sua implicação no âmbito do direito sucessório

**Brasília
2011**

MANUELA MOTA

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*: sua implicação no âmbito do direito sucessório

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB. Orientador: Prof. Ivan Cláudio Pereira Borges.

**Brasília
2011**

MANUELA MOTA

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST
MORTEM: sua implicação no âmbito do direito
sucessório**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso
de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília-
UniCEUB. Orientador: Prof. Ivan
Cláudio Pereira Borges.

Brasília, 07 de outubro de 2011.

Banca Examinadora

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais, sem os quais nunca poderia ter chegado aqui. Pelo amor incondicional e total dedicação todos esses anos.

AGRADECIMENTO

Agradeço a todas as pessoas que me deram apoio para a conclusão deste trabalho, e a todos que direta ou indiretamente contribuíram para o alcance de mais esta etapa.

RESUMO

As inovações na vida humana comumente são refletidas no âmbito da ciência jurídica, porém muitas vezes tal reflexo não se dá de forma imediata, sendo necessário o estudo dos preceitos jurídicos fundamentais envolvidos no caso concreto quando o direito não se mostra capaz por meio das normas positivadas de dar solução a situações amplamente controversas. Neste âmbito, a inseminação artificial homóloga post mortem é tema polêmico quanto à questão dos direitos sucessórios. O tema abarca importantes questões constitucionais, bem como filosóficas e hermenêuticas. Objetivou-se o estudo de cada um dos fundamentos jurídicos que respaldam ou aparentemente afastam a possibilidade da concessão de direitos sucessórios no caso em tela.

Palavras-Chave: Inseminação artificial homóloga post mortem – Direitos Sucessórios – Hermenêutica – Igualdade entre os filhos – Segurança Jurídica – Livre planejamento Familiar.

SUMMARY

Innovations in human life are usually reflected in the legal science, but often such a reflection does not occur immediately, requiring the study of fundamental legal principles involved in the case where the law proves unable through standards positivized to resolve situations of widely controversial. In this context, the post mortem homologous artificial insemination is controversial topic on the issue of inheritance. The theme encompasses important constitutional issues, as well as philosophical and hermeneutical. The goal of this research was the study of each legal foundations that support or apparently rule out the possibility of granting inheritance rights in this case.

Keywords: Artificial insemination homologous post-mortem - Inheritance - Hermeneutics - Equality between the children - Legal security - Free family planning.

INTRODUÇÃO	10
1 O ARTIGO 1.798 DO CÓDIGO CIVIL E O REQUISITO DA COEXISTÊNCIA ..	12
1.1 Literalidade da Lei e os avanços hermenêuticos	12
1.1.1 <i>A conexão sistemática do Código Civil à luz do culturalismo de Reale</i>	<i>17</i>
1.1.2 <i>Os avanços tecnológicos na inseminação artificial</i>	<i>20</i>
1.1.3 <i>A reprodução homóloga assistida post mortem</i>	<i>21</i>
1.1.4 <i>O requisito da coexistência como pressuposto fático da capacidade sucessória.</i>	<i>22</i>
1.1.5 <i>A Inexistência de lei regulamentadora do assunto.....</i>	<i>25</i>
1.1.6 <i>Superação do positivismo como paradigma, ante a insuficiência deste em relação à multiplicidade de relações jurídicas</i>	<i>27</i>
1.1.7 <i>Dworkin e sua Teoria de Direito como conjunto de normas, diretrizes e princípios</i>	<i>29</i>
2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE	34
2.1 Princípio da Igualdade entre os filhos	34
2.1.1 <i>Mudança de valores no direito de família.....</i>	<i>35</i>
2.1.2 <i>Princípios que regem o Novo Código Civil.....</i>	<i>38</i>
2.1.3 <i>Princípio da Isonomia</i>	<i>39</i>
2.1.3.1 Fator de discriminação	40
3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	44
3.1 Princípio da Segurança Jurídica.....	44
3.1.1 <i>A coisa julgada material e sua relativização</i>	<i>46</i>
3.1.1.1 Relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade.....	49
3.1.1.2 Recurso especial nº. 240.712/SP	52
3.1.1.2.1 Parecer de Humberto Theodoro Júnior a respeito do REsp nº.240.712/SP	53
3.1.2 <i>Relatividade da Segurança Jurídica inerente aos procedimentos sucessório em geral.....</i>	<i>55</i>
4 PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR	59
4.1 Livre planejamento familiar como direito fundamental.....	59

4.1.1	<i>A possibilidade de concretização da manifestação de vontade após a morte.</i>	61
4.1.2	<i>O pressuposto da manifestação de vontade.....</i>	63
4.1.2.1	Inseminação post mortem no Brasil: processo nº. 27862/2010 – Paraná.....	64
CONCLUSÃO		67
REFERÊNCIAS.....		69
ANEXO A – LIMINAR DO PROCESSO Nº. 27862/2010.....		71

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.597 inseriu três novas possibilidades de presunção de paternidade em técnicas de reprodução assistida, a saber, os incisos III, IV e V. O inciso III dispõe sobre a possibilidade da utilização pela mulher dos gametas criopreservados¹ de seu marido, após a morte deste. O Código veio dar solução ao problema da paternidade superveniente, criando mecanismo que a viabilizasse, tendo em vista que tal paternidade seria inadmissível no Código de 1916, pois a presunção se daria somente nos casos em que a criança nascesse nos 300 dias após a morte de seu pai.

De diferente modo, o Código Civil foi silente quanto à questão dos direitos sucessórios, ficando a situação à mercê da regra geral estabelecida no artigo 1.798 do Código Civil. Tal artigo dispõe que se legitimam a suceder aqueles que eram ao menos concebidos no momento da abertura da sucessão, sendo certo que tal momento se dá com a morte do de cujus. Daí surge o seguinte questionamento: O filho gerado por meio da técnica de reprodução homóloga *post mortem* tem direitos sucessórios?

O presente trabalho tem como objetivo estudar os possíveis efeitos jurídicos da inseminação artificial homóloga *post mortem* no âmbito do direito sucessório, com base em determinados aspectos, consubstanciados em quatro pontos principais. Assim, o capítulo um tratará da possibilidade de ultrapassar o sentido estrito de dispositivo legal para conceder direitos sucessórios aos inseminados *post mortem*, superando a interpretação literal do artigo 1.798 do Código Civil Brasileiro.

O capítulo dois trata da aplicabilidade do princípio da igualdade entre os filhos previsto no artigo 227, §7º da Carta Magna ao problema aqui proposto. O princípio, em tese, impede que legislação infraconstitucional estabeleça restrição de

¹ A criopreservação é um processo de congelamento a temperaturas criogénicas (normalmente recorrendo a azoto líquido). Para que o processo seja mais eficaz e a recuperação e viabilidade das células criopreservadas após descongelamento seja a melhor possível torna-se essencial o seu isolamento a partir do seu tecido original e a sua preservação a temperaturas abaixo dos 180°C graus negativos.

direito entre filhos, sendo certo que tal abrangência deve ser levada em conta, como decorrência do princípio da isonomia.

O capítulo três aponta o valor jurídico relativo da habilitação sucessória e questiona a extensão da segurança jurídica, não se mostrando prudente justificar a aplicação desta de forma generalizada e absoluta à concessão de direitos sucessórios no presente caso.

Por fim, o capítulo quatro trata do livre planejamento familiar assegurado no artigo 226, §7º da Constituição Federal, como uma das expressões constitucionais possíveis da livre manifestação de vontade na realização da inseminação artificial *post mortem*, procurando-se demonstrar a possibilidade de extensão após a morte da vontade de ter filhos, quando por casos alheios, não pode ser concretizada durante a vida.

As constantes evoluções tecnológicas ordinariamente vêm tendo repercussão na seara jurídica, embora a legislação nem sempre acompanhe de forma expressa tais mudanças. O estudo do presente tema é relativamente novo, posto que não há construção doutrinária – ou ao menos uma corrente majoritária – ou jurisprudencial acerca do assunto. A doutrina, em poucas linhas que se dedica ao assunto nos manuais de direito civil, em muito diverge sobre o tema, de forma que todas as argumentações perpassam pela análise de princípios constitucionais. Embora ainda não exista um grande número de demandas deste tipo, é necessário seu estudo, pois a prática da inseminação *post mortem*, ao modelo de quaisquer evoluções científicas no âmbito da reprodução humana assistida, pode ser fato crescentemente presente em nosso cotidiano, gerando situações jurídicas novas e, conseqüentemente demandas judiciais.

1 O ARTIGO 1.798 DO CÓDIGO CIVIL E O REQUISITO DA COEXISTÊNCIA

Ao levar em conta o exposto no artigo 1.798 do Código Civil, numa análise superficial do assunto, por certo não seria possível que um indivíduo que fosse gerado por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem* pudesse ter qualquer direito sucessório. Porém, num estudo mais profundo veremos que neste caso determinado há a possibilidade de superar aquilo que determina o dispositivo mencionado, quando analisamos os avanços hermenêuticos, as modernas doutrinas que vem de encontro ao positivismo, considerando a especificidade de tal situação.

1.1 Literalidade da Lei e os avanços hermenêuticos

Os comandos do artigo 1.798 do Código Civil devem ser interpretados e aplicados sob a ótica da hermenêutica jurídica dinâmica, fugindo da interpretação literal e descontextualizada. Para tal, deve-se entender as diferentes concepções de hermenêutica jurídica, a saber, da concepção tradicional e da concepção pós moderna ou crítica.

Contemporaneamente podemos citar Ronald Dworkin, Menellick de Carvalho Neto e Castanheira Neves² como defensores de uma hermenêutica crítica. Dworkin entende que para uma decisão judicial correta o juiz deve sempre buscar pelos direitos das partes, mesmo que não estejam positivados, a partir da aplicação dos princípios de direito ao caso concreto³. Neste sentido, Menellick aduz que a atividade do juiz deve ir muito além da atividade mecânica que preponderava pela concepção tradicional da hermenêutica:

O juiz agora não pode ter a sua atividade reduzida a uma mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior sob a qual se subsume automaticamente o fato. A hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados como as análises teleológica, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei... Aqui o trabalho do juiz já tem que

²NEVES, Castanheira. *Questão de facto — questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*, Coimbra: Almedina, 1967.

³DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ser visto como algo mais complexo a garantir as dinâmicas e amplas finalidades, sociais que recaem sobre os ombros do Estado⁴

Em um primeiro momento a hermenêutica jurídica, surgiu como um método que assegurasse a cientifização do Direito e, conseqüentemente, do positivismo. No contexto histórico do racionalismo e da razão monológica do século XVII, Descartes propõe para a disciplina jurídica um método tal como o usado na matemática para dar resposta certa aos questionamentos inerentes a uma disciplina que não faz parte das ciências exatas, conforme preleciona Ivone Fernandes Morcilo:

O Direito como parte integrante e essencial deste projeto, comungando o mesmo modelo de racionalidade, passa a conferir relevância para o problema hermenêutico a partir do século XVIII, tendo como modelo de ciência aquele construído pelas ciências naturais, que confia no método como forma de legitimação da verdade.⁵

Por tal método a interpretação das normas era condicionada de forma restrita àquilo que está expresso em lei, nos moldes do modelo positivista pelo qual o Direito somente é constituído de normas. Neste sentido, as normas seriam o resultado das experiências já realizadas e só assim seria possível objetivar o conhecimento. Deste modo, o intérprete de um determinado dispositivo deveria aplicar o direito com base em seu sentido preciso.

Tal tradição da hermenêutica jurídica deve ser também compreendida no âmbito da Revolução Francesa. Era necessária uma técnica de interpretação que privasse os direitos individuais burgueses das liberalidades por parte dos monarcas na interpretação das normas. Isso posto, que umas das principais características daquele momento histórico era a proteção absoluta aos direitos individuais, como por exemplo, o direito à propriedade.

O direito posto pelo Estado, na perspectiva do positivismo, representava um sistema ideal e perfeito em si mesmo, já que decorrente da

⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. *O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Ano XXIX. Nº 68. Jan./Jun. 1999. p. 78

⁵ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica & Direito*. Curitiba: Juruá, 2003. p.53

positivação da experiência, e assim não dava margem para interpretações que pudessem fugir da literalidade das disposições legais. Por tal visão, somente é permitido aquilo que está na lei, e se há um vácuo legislativo, o pedido seria condenado à improcedência, se não houvesse legislação específica que previsse determinada tutela.

Contudo, o momento histórico hodiernamente é substancialmente diferente daquele que influenciou na criação de tal proposta hermenêutica tradicional. Não há mais, por exemplo, a absolutização dos direitos individuais, sendo certo que nas diversas relações civis, o interesse privado se limita à função social dos direitos reais e negócios jurídicos. A interpretação tradicional faz uso de uma lógica formal baseada na técnica, sendo que não julga o justo ou o injusto e somente aquilo que está adstrito à literalidade das normas. Ademais, é impossível se conceber o direito como um sistema ideal formado pelas suas normas, pois as experiências jurídicas só serão positivadas após sua reiteração, não sendo justo que nesse ínterim simplesmente não recebam tutela alguma.

A correta compreensão do Direito, como demonstram os doutrinadores adeptos de uma concepção crítica, exige uma nova perspectiva hermenêutica que reconheça que qualquer interpretação invariavelmente deverá ser subjetiva, pois leva em conta os valores que o interprete detêm, condicionados ao contexto histórico em que vive. A lógica formal será assim substituída por uma lógica jurídica, por meio da qual se viabiliza uma reflexão daquilo que é o justo, diferentemente de uma simples interpretação mecânica e técnica, conforme expõe Ivone Fernandes:

A lógica jurídica, entende Perelman, não deve ser confundida com a lógica formal, pois isto levaria a reduzir o raciocínio lógico a estrutura formais. O raciocínio jurídico no pensamento de tal autor, é essencialmente de argumentação, por constituir uma reflexão acerca dos limites possíveis a serem atingidos pelo juízo, que deve ser razoável e justo.⁶

Essa nova lógica na hermenêutica, chamada de lógica jurídica, tem como pressuposto que as interpretações jurídicas sofrem influência direta da cultura

⁶ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica & Direito*. Curitiba: Juruá, 2003. p.122

e conseqüentemente do momento histórico. Portanto, uma interpretação nos moldes de uma hermenêutica crítica deve levar em conta todas as mudanças havidas nas mais diversas áreas da vida humana, pois uma correta interpretação as considera, mesmo que ainda não estejam tuteladas pela legislação. Neste sentido, afirma Ivone Fernandes que: “Compreender um preceito normativo é, lembrando novamente, um constante diálogo com a realidade na qual o Direito e o seu operador se inserem”⁷.

Há situações que ainda não chegaram a um número tal de reiterações que possam gerar uma tutela legislativa que regule o assunto. Tal fato se dá pela própria pluralidade destes fatos jurídicos decorrentes das crescentes inovações na vida humana, aliados a impossibilidade de imaginar situações abstratas capazes de abarcar todas as situações da vida concreta.

Tomando-se em conta a questão da inseminação *post mortem*, temos que na concepção da hermenêutica tradicional tais situações na maioria das vezes seriam julgadas improcedentes quanto à questão sucessória pelos aplicadores do Direito, independente de uma reflexão que vise uma tutela razoável e justa para as partes. De modo diverso, se dá solução ao problema, quando há a aplicação da hermenêutica crítica, pois tal aplicação transcende a um eventual não acompanhamento das leis quanto às transformações sociais, devendo o interprete orientado pelos princípios que regem o Direito buscar a devida tutela. Assim, segundo Ivone Fernandes:

A hermenêutica jurídica, como novo referencial teórico, vem a resgatar a função social do Direito por reconhecer que o jurista não apenas compreende a “letra da lei” quando mergulhado na historicidade que o conduz ao presente, mas se situa no “desde já” rumo ao que “deverá vir a ser.”⁸

Quanto à interpretação do artigo 1.798, é necessário estender o sentido do bem jurídico protegido e os casos por este abrangidos, tendo em vista a realidade fática desta prática em nossos dias.

⁷LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica & Direito*. Curitiba: Juruá, 2003. p.155

⁸ Idem, *Ibidem*, p.157

Podemos destacar aqui também, a hermenêutica filosófica⁹, que teve como percussor o filósofo alemão Martin Heidegger, que inserindo a filosofia na hermenêutica, procurava assim como a hermenêutica crítica uma forma de interpretação que possa quebrar o paradigma das concepções prévias.¹⁰ Neste sentido afirma Geörg Gadamer, discípulo de Heidegger, ao criticar a problemática da hermenêutica tradicional:

Na situação concreta ver-se-á obrigado, seguramente, a fazer concessões com respeito á lei num sentido estrito, mas não porque não seja justo. Fazendo concessões em face da lei não faz reduções à justiça, mas pelo contrário, encontra um direito melhor. A lei é sempre deficiente , não porque o seja por si mesma, mas porque frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a realidade humana é sempre, deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.¹¹

A hermenêutica jurídica pós moderna implica na interpretação de acordo com o momento histórico em que se inserem as disposições, pois se deve ultrapassar a meta de interpretar a intenção do legislador no passado, na tentativa de tornar essa intenção absoluta no decorrer da vigência da lei.

Para a aplicação de tal concepção hermenêutica devem ser consideradas as inúmeras situações novas surgidas após o dispositivo legal, levando em conta a realidade presente para a aplicação reflexiva da norma ao caso concreto. Logo, o disposto no artigo 1.798 deve ser entendido como uma base para a compreensão do verdadeiro “espírito” do Direito, não devendo se restringir a uma mera subsunção mecânica. Como bem assevera Ivone Fernandes, os dispositivos devem ser compreendidos como condicionantes a orientar a prática jurídica.¹²

⁹ A hermenêutica filosófica tem basicamente as mesmas preocupações da hermenêutica crítica, porém encontramos essa expressão autônoma usada pelos seguidores de Heidegger.

¹⁰ RODRIGUES, Vicente Oberto. *Hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para o acontecimento (Ereignen) constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1923, 6 out. 2008.

¹¹ GADAMER, Hans Georg, *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1999. apud LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica & Direito*. Curitiba: Juruá, 2003.p.166

¹² LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica & Direito*. Curitiba: Juruá, 2003.p.164

1.1.1 A conexão sistemática do Código Civil à luz do culturalismo de Reale

Em nosso Código Civil podemos encontrar elementos que mostram a tentativa de superação da hermenêutica tradicional para dar soluções aos problemas oriundos dos fundamentos do positivismo. Não se trata do banimento das normas abstratas em nosso ordenamento, mas sim da inserção de mecanismos, de modo que tais normas abstratas consigam diminuir toda a problemática trazida pelo positivismo, quando este não se mostra capaz de regular todas as situações da vida civil.

Os mecanismos de que se reveste o Novo Código Civil tem o objetivo de diminuir o impacto causado pela simples subsunção da lei ao fato concreto, de modo que por meio de cláusulas gerais se dá margem a certa discricionariedade do magistrado no momento de aplicação da norma. Tais mecanismos são decorrências da percepção que o direito é incapaz de prever todas as situações fáticas que porventura possam existir. Essa discricionariedade, no entanto, será limitada pela sistemática de comunicação entre as normas de um diploma legal com a ordem constitucional vigente, bem como a comunicação das normas entre si dentro de um mesmo diploma legal e até pela comunicação das normas com outras ciências paralelas ao direito.

Embora essa nova perspectiva se aplique especialmente na criação das leis, há a constatação de que de fato é necessária uma visão diferente da concepção positivista e da hermenêutica tradicional para com os institutos jurídicos, também no momento de sua aplicação. Tal posicionamento já está assim, concretizado em nossa legislação civil e é baseado na teoria culturalista de Miguel Reale.

Cite-se a título demonstrativo¹³, certo dispositivo que demonstra tal concretização do culturalismo em nosso ordenamento; o artigo 21 do Código Civil determina que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” A providência a qual o magistrado entenda ser a mais

¹³ COSTA, Judith Martins Costa. Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, v. 18, n. 6, junho de 2006.p.13-33.

adequada levando-se em conta as circunstâncias será em decorrência da conexão entre o Código Civil e a garantia constitucional fundamental à vida privada e à intimidade, efetivadas pelas normas processuais, o que possibilita abarcar a imensa possibilidade de casos de ofensa à vida privadas, porventura inimagináveis.

Tais mecanismos vêm possibilitar a realização do que Reale, dentro da concepção culturalista chamará de teoria do normativismo concreto, a qual é de grande importância e relevância em nosso tempo – tempo da pluralização subjetiva e da subjetividade jurídica segundo Judith Martins da Costa¹⁴ – pois possibilita a aceitação normativa, ou aceitação qualificada da diferença. Tal aceitação difere da mera aceitação fática e decorrerá de escolhas morais. Neste ponto o Novo Código Civil se difere substancialmente do Código de 1916.

A teoria do normativismo concreto supera a égide do positivismo jurídico vigente na Europa do século XIX, sob o qual foi concebido o Código Civil de 1916. Por esta última vertente, a legislação deveria trabalhar com o formalismo rígido e técnico, o que acarreta um sistema jurídico completamente fechado que não levava em consideração qualquer peculiaridade do caso concreto.

O simples ato de aplicação da norma ao fato concreto pode gerar ordinariamente uma solução injusta à lide. Na criação de uma norma jurídica o legislador não tem a possibilidade de imaginar todas as situações fáticas possíveis, seja em decorrência das novidades decorrentes não só da experiência humana, como também das práticas técnicas ou científicas, que embora constituam uma realidade fática, muitas vezes não podem ser solucionadas pelos dispositivos legislativos vigentes se tomados estes ao “pé da letra”.

Entender que a disposição do artigo 1.798 do Código Civil representa obstáculo intransponível para a possibilidade em suceder nos casos de inseminação homóloga *post mortem*, é desconsiderar a facticidade da prática devida aos avanços médicos e tecnológicos a qual o legislador não se atentou no momento de criação do dispositivo. Neste sentido assevera José Luiz Gavião de Almeida:

¹⁴ COSTA, Judith Martins Costa. *Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Brasília, v. 18, n. 6, junho de 2006.p.13-33.

“Os filhos nascidos de inseminação artificial homóloga post mortem são sucessores legítimos. *Quando o legislador atual tratou do tema, apenas quis repetir o contido no Código Civil anterior, beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, com os conhecimentos de então, imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Entretanto hoje a possibilidade existe.* O legislador, ao reconhecer efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o prurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento.”¹⁵(grifou-se)

Assim, a situação excepcional tratada, requer tutela diferenciada aos termos do artigo 1.798 do Código Civil, eis que, conforme ensinamentos de Judith Martins da Costa:

...admite-se que o diferente pode às vezes, receber maior tutela, ou uma tutela específica que atenda a sua diferença concreta; e a ordem jurídica mostra-se atenta às singularidades qual de cada polarizadas pela idéia de ‘livre desenvolvimento da personalidade’ num espaço que é, ou deve ser, concomitantemente, o espaço tutelar do indivíduo enquanto tal e como membro da comunidade, o “espaço comum” no qual podemos nos reconhecer como pertencentes à humanidade.(grifou-se)¹⁶

A mera aceitação da concreta diferença não é mais que a mera constatação da existência do fato. O culturalismo trata-se de acolher a diferença qualificadamente. Quanto à situação aqui exposta, temos que tal aceitação normativa se dá expressamente somente no campo da filiação, mas a situação apriorística de não se poder conceder direitos sucessórios - conforme determinação expressa no artigo 1.798 do Código Civil - não merece prosperar. A inserção dos mecanismos citados em nosso Código Civil constitui em certa medida, uma prova de que o nosso ordenamento procura meios de afastar os problemas trazidos pela simples subsunção do fato à norma. É uma forma de reconhecimento que além do plano de formação das normas, é preciso também no plano de aplicação destas, um olhar cada vez menos voltado para a compreensão da lei não como absoluta em si mesma, mas como um norte para a correta compreensão do direito.

¹⁵ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Código Civil comentado. Direito das Sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima – v.XVII. São Paulo: Atlas, 2003.p.104

¹⁶ COSTA, Judith Martins Costa. Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília, v. 18, n. 6, p. 13-33, junho de 2006.

1.1.2 Os avanços tecnológicos na inseminação artificial

A inseminação homóloga se dá quando utilizado material genético do pai e da mãe, ao passo que a inseminação heteróloga faz uso de material genético de terceiro na qualidade de doador, que mantém sua identidade preservada, não mantendo vínculo algum com a criança.

A inseminação artificial, segundo Jussara Maria Leal de Meirelles pode ser definida deste modo:

(...) a técnica científica mais antiga e consiste, basicamente, na introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado". Já a fertilização in vitro, ainda segundo os ensinamentos da ilustre Autora, "(...) consiste, basicamente, em se retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecundá-los em laboratório e, após algumas horas ou em até dois dias, realizar a transferência ao útero ou às trompas de Falópio."¹⁷

A evolução da sociedade, mais especificamente a evolução tecnológica e médica traz várias situações novas, que há tempos pretéritos eram inimagináveis. Pois bem, a evolução científica nesse campo possibilitou a chamada técnica de criopreservação que consiste na conservação de esperma, óvulos ou até mesmo embriões por um grande período de tempo.

Os avanços tecnológicos na área da medicina trazem consigo a necessidade da consideração de novos paradigmas para o estudo do direito. Tal prática afeta diretamente as relações no âmbito familiar, sendo certos seus efeitos não só no direito de família, mas também no direito sucessório. As técnicas de reprodução humana assistida se tornam cada vez mais comuns, não obstante ainda serem práticas realizadas na maioria das vezes pela parcela da população com maior poder aquisitivo. A interferência do ordenamento jurídico se faz necessária, não só para o controle da atuação científica pelos médicos, mas também para solucionar conflitos gerados por questões ainda não resolvidas por uma ordem civil insuficiente diante dos novos fatos familiares.

¹⁷MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.P.18

Sobre a necessidade de evolução do direito acompanhando as evoluções na sociedade discorre Giselda Hinoraka:

A estrutura das disciplinas jurídicas reflete a realidade social. Havidas transformações nesta sociedade, estas muito comumente irão repercutir no Direito, com exceção daquelas situações que de forma contrária deverão ser repelidas pelo ordenamento jurídico. Quando as mudanças havidas são inúmeras, gerando um vasto conjunto de inovações no campo jurídico, é imperiosa a modificação do sistema. Dito de outra forma: há certas novidades humanas que, mesmo sendo inevitáveis ou irrecusáveis, não podem ser solucionadas pelos mecanismos jurídicos disponíveis no momento.¹⁸

É de notório conhecimento que o Novo Código Civil é alvo de críticas por grande parte da doutrina por ser um Código que já tenha nascido “morto”, posto que seu processo de construção fora em demasiado estendido. É patente a impossibilidade de uma norma abstrata no momento de sua formulação conseguir estabelecer parâmetros gerais aplicáveis a qualquer situação que possa vir existir.

1.1.3 A reprodução homóloga assistida post mortem

No âmbito de tais inovações decorrentes da evolução tecnológica e social que o direito não consegue comportar em sua totalidade, especifica-se aqui a situação da inseminação artificial homóloga *post mortem* e sua implicação no âmbito do direito sucessório.

A aludida técnica possibilita a preservação de materiais genéticos em temperaturas extremamente baixas, possibilitando que possam ser utilizados muito tempo após o momento de sua coleta. Viabilizou-se deste modo a fertilização artificial *post mortem*, possibilitando à esposa, mesmo após o falecimento de seu cônjuge, realizar inseminação com o material genético deste, vindo a gerar um filho de pai pré-morto. Tal técnica é decorrência das constantes inovações no campo da ciência médica, sendo certo que em um passado não muito distante não se cogitava de sua possibilidade.

¹⁸ HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As Inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*. Revista Jurídica. V.57 N.357. p.51

Esta possibilidade de procriação *post mortem* ocorre na maioria das vezes em casos bem particulares, para homens que ainda desejam ter filhos, mas que por motivo de algum tratamento médico, correm o risco de ficarem estéreis. E por isso antes da realização de tal tratamento realizam a coleta de esperma. Neste sentido explicita Eduardo de Oliveira Leite:

Trata-se principalmente de sujeitos atingidos por uma doença grave (câncer dos testículos, doença de Hodgkin, certas nefropatias, etc.). Como nestes tratamentos, geralmente de longa duração, a possibilidade de cura não é freqüente e se acompanha de esterilidade, o esperma conservado pode servir à inseminação homóloga, o que explica a principal razão da conservação. Diante da possibilidade da esterilização irreversível, pedidos são feitos aos bancos de esperma para conservação. O homem que congelou seu esperma num destes bancos, pode morrer e à sua viúva faculta-se, então, reclamar a devolução do material coletado, para se inseminar com o esperma do marido falecido. ¹⁹(p.154-155)

Abre-se aqui um parêntese, apenas para evitar uma possível omissão, para citar as críticas que se fazem quanto ao destinatário desta possibilidade. Embora na lei, só se faça menção à esposa, parte da doutrina entende que tal técnica poderia ser estender também aos casos de união estável - em vista de sua elevação constitucional a entidade familiar - e aos casos em que a esposa é a sobrevivente, levando-se em consideração a igualdade de direitos entre homem e mulher. Neste último caso haveria a necessidade de uma terceira pessoa, que possa vir a gestar a criança. Em todo caso, como dito, não é o objetivo do presente trabalho uma análise mais profunda de tal polêmica.

1.1.4 O requisito da coexistência como pressuposto fático da capacidade sucessória.

No âmbito do direito sucessório, temos que a capacidade sucessória é condicionada a certos requisitos ou pressupostos. Tais pressupostos dividem-se em negativos, jurídicos e fáticos. Os pressupostos negativos dizem respeito a não incidência de situações que ensejem por exemplo um processo declaratório de indignidade ou de deserdação. Os pressupostos jurídicos dizem respeito ao vínculo do *de cujus* com seu sucessor, seja legal ou testamentário. Por último, existe o

¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

pressuposto fático, por meio do qual é necessário para ter capacidade sucessória, coexistir e sobreviver ao de cujus.

Assim, em nosso aprendizado acadêmico temos que no caso da inseminação artificial homóloga post mortem não é possível a concessão de direitos sucessórios, pois não está presente o requisito da coexistência, embora presente o da sobrevivência, já que ao momento da morte do *de cujus* – que é simultânea ao momento da abertura da sucessão – não havia um ser ao menos concebido, ou seja, não havia ao menos a existência de um nascituro. Assim dispõe o artigo 1.798 do Código Civil:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

No entanto, é certo que este pressuposto de coexistência, comporta uma exceção. Tal exceção está expressa no artigo 1.798 e 1.800 do Código Civil, sendo que por meio de testamento é possível conceder à prole eventual de pessoa viva ao momento da abertura da sucessão, direito à herança, desde que concebido o eventual herdeiro no prazo de dois anos, se na disposição testamentária não houver sido fixado prazo diferente. Vejamos:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º *Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.*

Tal exceção num primeiro momento poderia parecer uma solução ao problema ora apresentado. Assim, poderíamos considerar que aquele indivíduo que manifestava em vida seu desejo de procriação, embora ciente da sua condição de saúde por exemplo, poderia resguardar o direito sucessório de seu filho por meio de testamento. A doutrina entende que isso poderia se dá de duas formas, a saber, direta ou reflexa. Pela forma direta, o de cujus beneficiaria de forma imediata sua própria prole eventual, sob o entendimento de que se há a possibilidade de beneficiar prole de terceiro, não há que existir óbices para que se possa beneficiar sua própria prole. De outra forma, outro segmento da doutrina entende que seja feita tal disposição testamentária de forma reflexa, por falar o dispositivo somente em prole de pessoa viva ao momento da abertura da sucessão. Nesse sentido preleciona Giselda Hinoraka:

(...)é claro que não poderá indicar sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento de abertura da sucessão.

No entanto admite que seja o testamento feito por via reflexa: “(...)basta que indique a doadora do óvulo.”²⁰

Todavia é de conhecimento comum que o hábito de testar não é prática corriqueira em nosso país, razão pela qual o presente trabalho se dedica a estudar os direitos sucessórios na perspectiva do herdeiro necessário. Não poderia se considerar o disposto no artigo 1.800 do Código Civil uma solução ao problema, pois essa seria inviabilizada pela inexistência fática desta prática no costume de nosso país.

Descartando tal solução, voltemos ao ponto de partida, pelo qual em regra, levando-se em conta o pressuposto da coexistência, chegaríamos a uma resposta negativa quanto à concessão de direitos sucessórios ao inseminado post mortem. Tal resposta não leva em conta dois importantes pontos.

O primeiro ponto a ser considerado é que tal situação é excepcional e como tal deve ser tratada, mesmo que não exista lei específica neste sentido, pois

²⁰HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentário ao Código Civil – parte especial: do direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.20

os meios legais vigentes não são capazes de dar solução à questão. Se a literalidade do artigo 1.798 dá margem ao entendimento quanto à impossibilidade de direitos sucessórios no presente caso, tal fato se dá por um vácuo legislativo e por isso não se pode compreender tal dispositivo como proibição expressa de concessão de direitos sucessórios. Há simplesmente uma omissão quanto a tal situação, em que pese a necessidade de legislação, outrora apontada por Maria Helena Diniz, em uma de suas obras, anterior à promulgação do Código de 2002:

(...)a criança, embora possa ser filha genética, por exemplo, do marido de sua mãe, será, juridicamente, extramatrimonial, pois não terá pai, nem poderá ser registrada como filha matrimonial em nome do doador, já que nasceu depois de 300 dias da cessação do vínculo conjugal em razão da morte de um dos consortes(...) *se porventura, houver permissão legal, dever-se-á prescrever quais são os direitos dos filhos, inclusive sucessórios.*²¹ (grifou-se)

O segundo ponto a considerar é que tal questionamento envolve além de preceitos constitucionais, como igualdade entre os filhos, importantes aspectos filosóficos, pois se mostra claro que a influência do artigo 1.798 na formulação de uma tese negativa tem caráter extremamente positivista.

1.1.5 A Inexistência de lei regulamentadora do assunto

Como já mencionado, o Novo Código Civil é alvo de inúmeras críticas, pelo fato de não tratar de certos temas polêmicos de nosso cotidiano, como por exemplo, o direito sucessório na inseminação post mortem. Não obstante, reproduzimos aqui entendimento de Miguel Reale, no sentido de explicitar que a proposta do Código foi não regular problemas que ultrapassem o linde da matéria civil ou que envolvam alta especificidade técnica:

A experiência jurídica, como tudo que surge e se desenvolve no mundo histórico, está sujeita a imprevistas alterações que exigem desde logo a atenção do legislador, mas não no sistema de um código, mas sim graças a leis especiais, sobretudo quando estão envolvidas tanto questões de direito quanto de ciência médica, de engenharia genética, etc. Exigindo medidas prudentes de caráter administrativo, tal como se dá, por exemplo, no caso da fecundação in vitro. Como se vê, a atualidade da nova codificação brasileira não pode ser negada com base em realizações científicas

²¹ DINIZ, Maria Helena. *A ectogênese e seus problemas jurídicos*. São Paulo: Max Limonad, 1995. p.91

supervenientes, que por sua complexidade, extrapolam o campo do direito-civil, envolvendo outros ramos do direito, além, repito, de providências de natureza meta-jurídica. Isto não impede que, ao tratar da presunção dos filhos na constância do casamento, o artigo nº 1.597 se refira também aos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, e haja referência a filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”, e mesmo aos “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”²²

Neste ponto não se pretende adentrar no mérito de ser ou não o Código de Civil de 2002 uma lei que já tenha nascido “morta”. O ponto que se deseja ressaltar é que atualmente não há no Brasil nenhuma lei que regule o presente tema como explana Reale, não obstante existam projetos de lei neste sentido, alguns datados antes mesmo do Novo Código Civil.

E enquanto não temos legislação própria, seja em lei especial ou no próprio código, todas essas questões permanecem sendo tratadas a partir das mais diversas interpretações doutrinárias acerca do tema. Por consequência, a aplicação do pressuposto da coexistência, deve ser feita com a devida cautela, porque como já dito, trata-se de situação excepcionalíssima.

Nos manuais de direito civil, não há um aprofundamento sobre a questão, sendo que o debate mais profundo de tais questões limita-se a existência de alguns artigos científicos sobre o tema, que apresentam as mais variadas conclusões, ora se concebendo que uma possível vedação aos direitos sucessórios fere diretamente o princípio constitucional de igualdade entre os filhos, ora considerando-se que a concessão de direitos sucessórios poderá vir a ferir o princípio da segurança jurídica, posto que tal inseminação pudesse se dar após a partilha da herança do de cujus.

No campo da jurisprudência tal tema é menos ainda existente, não existindo nenhum tipo de entendimento dos tribunais quanto ao assunto. No Brasil, o único caso que se tem conhecimento neste sentido se deu em 2010 no Pará. Uma professora havia perdido o seu marido naquele ano em razão de um câncer. Enquanto vivo o marido, e mesmo diante da doença deste, o casal tinha planos de

²²Disponível em < <http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc.htm> > acesso em: 25/09/2010

ter um filho, razão pelo qual antes de ser submetido ao tratamento o falecido depositou seu material genético para que ficasse criopreservado em uma clínica de fertilização. Após a morte deste, sua viúva ajuizou ação de obrigação de fazer, para que a clínica lhe entregasse o material genético de seu marido falecido para que pudesse realizar a inseminação.

A requerente conseguiu então engravidar com o esperma de seu marido já falecido, tendo sido satisfatória sua gravidez e dando a luz em 2011 à filha do casal. O processo apenas resolveu o conflito no qual a clínica se recusava a entregar o material genético à esposa do de cujus, reconhecendo a esta o direito de poder concretizar o planejamento familiar que o casal fez ainda enquanto vivo o falecido. Ainda não se tem notícia de como a mãe pretende tratar da questão sucessória, mas poderá não ser objeto de ação, já que os demais parentes do falecido manifestaram expressamente sua aceitação para o emprego de tal técnica, conforme informações obtidas a partir da liminar, a qual consta em apenso, concedida pelo juiz para a realização da inseminação.

A única norma existente como regulamentação das técnicas de criopreservação, apesar de não ter força de lei é a Resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina de 1992, que foi recentemente revogada pela Resolução 1.957 de 2010. Tal resolução, entretanto, em linhas gerais, só tem utilidade para traçar caminhos éticos a serem observados por médicos e clínicas, por que como já dito acima, não possui força de lei. No caso acima citado no estado do Pará, houve autorização para uso de material genético do cônjuge falecido sem que houvesse autorização expressa deste deixada em vida. A fundamentação do juiz quanto à existência de manifestação inequívoca de vontade foi baseada entre outros por meio de prova testemunhal, como por exemplo, depoimento do médico que o casal havia procurado pouco tempo antes da morte do de cujus na intenção de realização da inseminação.

1.1.6 Superação do positivismo como paradigma, ante a insuficiência deste em relação à multiplicidade de relações jurídicas

Retornando a tese geral que pela dicção do artigo 1.798 não há que se falar em direitos sucessórios, nos parece claro que tal aferição decorre

diretamente da utilização de preceito inerente a uma concepção decorrente de um positivismo restrito. Temos então que, o questionamento que aqui deve ser feito é quanto à própria corrente jurídica adotada em tal aferição. Por conseguinte percebe-se que há a necessidade de uma análise filosófica do tema e do próprio direito contemporâneo em si.

O Positivismo tem como base geral – comum a todas vertentes – a separação de moral e Direito. Tal postura proporcionou quando da sua criação a autonomização do Direito e sua elevação ao patamar de Ciência, como bem assevera Bobbio:

A característica fundamental da ciência consiste na sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato.²³

Foi essa autonomização o fator determinante para Kelsen na criação de sua Teoria Pura do Direito, pelo qual se dá o rompimento do Direito com a moral, em que pese todas as críticas que foram e são lançadas a essa teoria. Kelsen desenvolveu a Teoria da Norma Fundamental, por meio da qual uma norma será válida porque está ligada a normas superiores por laços de validade, sendo irrelevante se é justa ou não quando aplicada a determinado caso. Neste sentido Fábio Ulhoa Coelho assevera:

Foi com este propósito que Kelsen propôs o que denominou princípio da pureza, segundo o qual o método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. *Ou seja, o direito, para o jurista, deveria ser encarado como norma (e não como fato social ou como valor transcendente). Isso valia tanto para o objeto quanto para o método.* A redução do objeto jurídico à norma causou inúmeras polêmicas. Kelsen foi continuamente acusado de reducionista, de esquecer as dimensões sociais e valorativas, de fazer do fenômeno jurídico uma mera forma normativa, despida de seus caracteres humanos. Sua intenção, no entanto, não foi jamais a de negar os aspectos multifaciais de um fenômeno complexo como é o direito, mas de escolher, dentre eles, um que coubesse autonomamente ao jurista. grifou-se²⁴

²³ BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.p.135

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. São Paulo: Max Limonad, 1995.p.15-16

Os defensores do positivismo asseveram que seu método de interpretação mecanicista – simples subsunção do fato à norma - é forma de garantia da segurança jurídica, pois haverá essa garantia quando o próprio direito ofereça essa certeza por meio do direito posto.

O que é demonstrando quando se leva em conta as diversas correntes jusfilosóficas é que cada uma traça diretrizes que possibilitam soluções aos diversos problemas inerentes ao mundo jurídico, sendo certo que a solução dada a um problema, pode acarretar o surgimento de outros. Assim, o positivismo procurou dar solução à autonomização do direito e sua elevação ao patamar de ciência. Como problema decorrente desta doutrina, temos que a aplicabilidade restrita do fato à norma, como um ato mecânico pelo aplicador do direito pode vir a ferir em uma análise geral a própria perspectiva de justiça.

Ao positivismo não se pode deixar de lograr méritos, em face de suas contribuições para o mundo do Direito. Porém hoje, o que demonstra a prática jurídica é que tal doutrina não se mostra capaz de resolver satisfatoriamente os problemas decorrentes das diversidades existentes na vida civil. A redução do objeto jurídico às normas é fator negativo, considerando-se especialmente as transformações em âmbito histórico, social, cultural e tecnológico.

1.1.7 Dworkin e sua Teoria de Direito como conjunto de normas, diretrizes e princípios

Preleciona Dworkin que o positivismo só leva em consideração as normas e sua aplicabilidade ou não ao caso concreto, deixando de lado os princípios de Direito, fato que o autor repudia, pois como demonstra pelo estudo de casos judiciais concretos, o Direito é composto pela união de normas e princípios. No entendimento de Dworkin, um sistema que leva em consideração a separação entre direito e moral e a validação de uma norma por sua origem não pode expressar corretamente os ideais do direito vigente, pois excluem os princípios como elementos essenciais que compõe nossa ordem jurídica.

Os positivistas mantêm um conceito de norma chave, pelo qual se explica que uma norma será legítima, tendo em conta sua origem. Assim se foi

respeitado o processo legislativo no momento de elaboração da lei, esta será considerada válida e a partir daí sua aplicabilidade se mostra imediata. O que Dworkin demonstra é que em determinados casos, uma determinada norma poderá ser desrespeitada se colidir com algum princípio de direito. Pois o que o autor demonstra é que não só de normas é constituído o ordenamento jurídico, como defendem os positivistas, mas também de princípios.

Certas teorias positivistas - .Kelsen chamou de norma fundamental e Hart de regra de reconhecimento - demonstram que na visão positivista o direito só seria constituído de normas, pois somente essas poderiam ser identificadas por sua origem com base no processo legislativo que possibilitou que estas fossem instituídas. O que Dworkin apresenta com a análise de determinados casos , como exemplificaremos a frente, é que os princípios existentes não podem ser identificados por sua origem, em que pese serem parte do Direito. No presente caso da inseminação post mortem a simples subsunção do fato à norma não é suficiente, é preciso olhar também para os princípios, pois estes no entendimento de tal autor também são partes integrantes do direito.

Dworkin é um autor norte americano, logo a análise de casos é feita com base principalmente na jurisprudência, pelo estudo dos precedentes. O sistema jurídico adotado é do Commom Law, que considera os chamados “cases law” ou precedentes como fontes primárias do Direito, recorrendo num segundo momento à lei positivada, como forma de preencher as lacunas deixadas. Os chamados casos difíceis no sistema do Commom Law podem ser entendidos como aqueles casos sem precedentes em que não exista uma norma exatamente aplicável ou existam normas contraditórias as quais possam fundamentar decisões diversas.

Vejamos um dos casos difíceis mais famosos analisados por Dworkin, tendo em vista sua grande repercussão social e jurídica na época. Trata-se do “Caso Elmer”²⁵. Elmer assassinou o avô por envenenamento em Nova York, em 1882. Ele sabia que o avô havia deixado em testamento a maior parte dos bens para

²⁵ FERRAZ, Adilson Silva. *A Teoria da Argumentação Jurídica como controle de racionalidade: breves considerações acerca de sua viabilidade*. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Adilson_Ferraz.htm>. Acesso em: 04 outubro de 2011.

ele, porém desconfiava que pudesse haver uma alteração no testamento e ele ficasse sem nada, já que seu avô havia se casado novamente. Perante o crime cometido, Elmer foi condenado a alguns anos de prisão.

Sendo um caso sem precedentes na justiça americana, a lei sucessória dos Estados Unidos nada previa sobre a possibilidade de que uma pessoa que fosse herdeira testamentária pudesse deixar de herdar, caso tenha assassinado o testador. Assim não havia nada que impedisse Elmer de receber sua herança. Não obstante, os filhos do assassino buscaram a invalidação do testamento, para que o patrimônio ficasse com eles. O advogado de Elmer alegou que caso o tribunal se pronunciasse favoravelmente aos filhos de Elmer, estaria alterando o testamento e assim substituindo a legislação vigente por suas próprias convicções morais.

Durante a votação um juiz proferiu voto desfavorável à demanda que procurava excluir o assassino da sucessão testamentária. Tal juiz, de nome Gray, fundamentou sua decisão dizendo que se na lei não havia exceções para assassinos, esta deveria ser empregada exatamente desta forma, de modo a não excluir Elmer da sucessão pelo assassinato de seu avô. Assim, segundo o juiz Gray, cabia ao testador antes, quando em vida, direcionar sua herança a quem este quisesse, não cabendo ao magistrado fazê-lo. Essa posição demonstra claramente o uso de uma doutrina mecânica e toda problemática que sua aplicação gera. Doutrina que não considerou a existência de um princípio maior, o qual estabelece que ninguém deve se beneficiar de sua própria torpeza. Tal decisão aos olhos de quem quer que seja, se mostra com toda certeza no mínimo injusta.

Tal voto desfavorável, contudo foi o único, pois todos os demais magistrados foram favoráveis à demanda. Assim, no lado contrário, o Juiz Earl, em nome da maioria que o seguiu, fundamentou seu voto defendendo que naquele caso específico, a lei de sucessões, quando foi criada não previu a possibilidade de uma situação como aquela. Caso os legisladores - que produziram aquela lei - tivessem suposto ou imaginado um assassinato do testador, a legislação existente na época seria mais abrangente, contendo mais disposições. Além disso, esse Juiz buscou

ênfatizar a importância de que o direito busque sempre se ajustar aos princípios de justiça existentes no ordenamento. Reproduzimos aqui parte do voto do juiz Earl:

(...) na interpretação das leis a partir dos textos não se deveria ignorar o contexto histórico, mas levar-se em conta os antecedentes daquilo que denominava de princípios gerais do direito (...).²⁶

A justificativa para tal defesa é que uma lei deve ser interpretada contextualmente e historicamente, admitindo que os legisladores têm a intenção de adequar as leis que estão redigindo aos princípios da justiça, e considerando que como uma lei é parte de um sistema de direito, cada lei especificamente deve ser interpretada de maneira a imprimir coerência ao sistema.²⁷

Levando-se em conta o positivismo e a literalidade da norma como uma mecânica subsunção da norma ao caso concreto, perceberíamos o caso Elmer pela perspectiva do voto vencido do juiz Grey.

Por outro lado, se levarmos em conta o voto vencedor veremos que este se mostra adequado à teoria proposta por Dworkin, pela qual o ordenamento é composto não só de normas, mais de princípios e diretrizes, confirmando a assertiva de que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz quando viola um princípio que no caso específico se considere importante. Além disso, pelas sábias palavras do Juiz Earl se o legislador não previu exceção ao caso é porque não cogitou de sua possibilidade.

Mais uma vez, o que aqui se confirma é a impossibilidade da doutrina positivista tornar-se suficientemente satisfatória frente à complexidade das relações jurídicas existentes. É certo que no caso apresentado se a decisão tomada tivesse contornos baseados nos fundamentos do positivismo não seria de nenhum modo justa. Tal justiça, bem como certos “ideais” de justiça vigente não podem ser alcançados se limitarmos todas as situações somente àquilo que está positivado em nosso ordenamento.

Em suma a teoria de Dworkin nos remete à importante constatação de que a Teoria Positivista não é capaz de dar respostas ao Direito diante de sua

²⁶ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (p.24-5)

²⁷ *Idem, Ibidem*(p.25)

dimensão complexa e dinâmica. Faz-se necessário uma mudança de perspectiva, ao considerarmos o Positivismo como paradigma.

Evidencia-se que não se mostra prudente, para uma correta compreensão do Direito, a simples negação dos direitos sucessórios no caso aqui tratado, com base apenas na literalidade do dispositivo que reza acerca da capacidade de suceder. Esta atitude é baseada nos termos da doutrina positivista, que conforme demonstramos já foi inviabilizada como modelo que de fato possa dar uma tutela satisfatória às relações civis.

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

A possibilidade de se conceder direitos sucessórios mesmo ante o exposto no artigo 1.798 do Código Civil, além de conter questões filosóficas, envolve um importante princípio constitucional, qual seja da igualdade entre os filhos. Deste modo, é necessário que se delimite a correta compreensão de tal princípio quando aplicado à situação da inseminação artificial homologa *post mortem*, considerando-se sua decorrência do princípio da isonomia.

2.1 Princípio da Igualdade entre os filhos

A parcela da doutrina que mantém entendimento quanto à existência dos direitos sucessórios no caso de inseminação artificial homologa post mortem, o faz principalmente com base no princípio da igualdade entre os filhos. Compartilhando desse entendimento podemos citar José Luiz Gavião de Almeida²⁸, que defende que se reconhecendo a relação de filiação ao concepturo não há justificativa para que se afaste o direito à legítima. Aduz ainda que tal fato é reminiscência do tratamento que era dado aos filhos conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Entre os filhos ilegítimos havia aqueles que tinham direitos sucessórios nos casos em que pudessem vir a ser reconhecidos pelos seus genitores, mas em relação aos casos em que não havia tal possibilidade, também não era assegurado o direito a herança. Assim, tal autor entende que havendo a presunção de paternidade contida na lei civil, não se justifica privar o indivíduo do caráter de herdeiro necessário, principalmente ao se considerar que mesmo que possa ser habilitado como testamentário possui esta aptidão.

No mesmo sentido, a professora Maria Giselda Hinoraka²⁹, mantém entendimento de que havendo autorização do falecido, e desde que os demais requisitos tenham sido observados, admite-se a operação do vínculo de filiação e consequentemente a concessão de direitos sucessórios, amparando-se no princípio da igualdade entre os filhos. Por tal entendimento, tem-se que reconhecido o direito

²⁸ ALMEIDA, José Luiz Gavião de; Código Civil Comentado: direitos das sucessões. São Paulo: Atlas, 2003. p.104

²⁹ HINORAKA, Giselda Maria Fernandes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. Disponível em <[http:// www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290](http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290)>, acesso em 21/09/2010.

à filiação não há motivos para que se afastem os direitos sucessórios, lembrando aqui que o direito à herança, consubstancia-se em direito fundamental. O princípio da igualdade entre os filhos foi inserido em nosso ordenamento com a Constituição de 1988, e depois reproduzido no Código Civil de 2002 no artigo 1.596. Assim, põe-se termo às discriminações e a todos os filhos deve ser dispensado tratamento equânime, sendo irrelevante a sua origem quanto ao direito de filiação ou ao direito sucessório. Está expresso no artigo 227, §6º da Constituição Federal, in verbis:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Antes da inserção de tal princípio em nosso ordenamento, o filho concebido na constância de uma relação matrimonial possuía manifesta vantagem em relação aos filhos adotivos ou aqueles provenientes de relações extramatrimoniais. Era comum na própria certidão de nascimento designações que indicassem a “espécie” de filho, de acordo com sua origem.

A questão a ser definida é se a não concessão de direitos sucessórios afeta, de fato, o princípio da igualdade entre os filhos. Para tal entendimento faz-se necessário a compreensão da origem de tal princípio como uma evolução histórica dos valores presentes no direito de família.

2.1.1 Mudança de valores no direito de família.

Vejamos, quais eram os valores vigente em nosso ordenamento jurídico outrora, os quais viabilizavam a diferença de tratamento entre os filhos conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. A diferenciação entre os filhos dava-se em virtude da preservação de um valor, que fora considerado de maior relevância do que o próprio interesse da criança. Assim, a preservação do

matrimônio era tida no direito de família em nosso país e nos demais sistemas latinos como valor maior, ao qual o instituto da filiação deveria se submeter. Este fator era o que viabilizava toda a desigualdade de direitos conforme a origem dos filhos, haja vista um valor moral superior à época, qual seja, o de defesa da instituição matrimonial.

Observa-se aqui a importância da dinâmica dos valores morais, que invariavelmente irão repercutir no direito vigente, conforme a evolução da história. É a partir da valoração do fato que se dá a norma, como bem preleciona Reale, e tal valoração é condicionada ao contexto histórico em que se insere. Neste sentido, assevera Maria Darlene Braga Araújo:

O estudo do estabelecimento da filiação revela-se uma prodigiosa fonte para haurir a essência do sistema legislado, uma vez que as regras que compõe o Direito de filiação demonstram a própria concepção de família embutida no texto legal. Assim se vê quando se atribui (como fazia o Código Civil) ao casamento, a fonte exclusiva da legitimidade dos filhos, expondo-se aí uma noção que privilegia a família fundada no matrimônio, e ao colocar-se obstáculos à derrubada dessa presunção.³⁰

É pacífico que o princípio de igualdade entre os filhos decorre do princípio da isonomia. Interessante destacar que este último curiosamente encontra-se inserido prematuramente em nosso ordenamento desde a primeira constituição da República Federativa do Brasil de 1891, que em seu artigo 72, §2º estabelecia que:

Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliários e de conselho.

Embora já existente o princípio da igualdade em nosso ordenamento jurídico, foi necessário se estabelecer especificamente na ordem constitucional, o princípio da igualdade entre os filhos, para que formalmente, pudessem estes ser tratados em paridade. Poder-se-ia aqui estabelecer o questionamento de que se o princípio de igualdade entre os indivíduos de um modo geral já existia desde a mais

³⁰ARAÚJO, Maria Darlene Braga. O clássico estabelecimento da filiação e as inovações oriundas do princípio da Isonomia. *Revista Pensar*. Fortaleza, v.4, n4.p.53

remota Lei Fundamental da República Federativa do Brasil, por que tal princípio não acarretava na inconstitucionalidade de uma lei que estabelecia “espécies” de filhos? Encontramos a razão de tal fato na motivação outrora apontada que consistia na elevação do matrimônio no direito de família, mesmo em detrimento dos filhos, pois naquela época, era justificável de acordo com os critérios da isonomia que houvesse tais discriminações, pois estas se fundamentavam na defesa de um importante valor jurídico.

Neste sentido vejamos os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do princípio da Isonomia:

Por derradeiro cumpre fazer uma importante averbação. A correlação lógica a que se aludiu, nem sempre é absoluta, “pura”, a dizer, isenta de penetração de ingredientes próprios das concepções da época, absorvidos na inteligência das coisas. Basta considerar que em determinado momento histórico parecerá perfeitamente lógico vedar às mulheres o acesso às certas funções públicas, e em outras épocas, pelo contrário, entender-se-á inexistir motivo racionalmente subsistente que convalide a vedação. Em um caso terá prevalecido a tese de que a proibição, isto é, a desigualdade no tratamento jurídico se correlaciona juridicamente com as condições do sexo feminino, tidas como inconvenientes com certa atividade ou profissão pública, ao passo que em outra época, a propósito de igual mister, a resposta será inversa. Por consequência, a mesma lei, ora surgirá como ofensiva da isonomia, ora compatível com o princípio da Igualdade.³¹

O que se evidencia é que o princípio da igualdade entre os filhos deve ser entendido analisando-se os valores vigentes no direito de família pátrio, eis que estando em consonância com o princípio da isonomia, é invariavelmente determinante o momento em que se vive. Então, se faz devida a análise destes valores para uma correta compreensão do tema, com o objetivo de definir se a impossibilidade de direitos sucessórios pelo indivíduo concebido através de inseminação post mortem fere o direito constitucional de igualdade entre os filhos, na medida em que este decorre do princípio da isonomia.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2010. Ed.18 .p39-40

2.1.2 Princípios que regem o Novo Código Civil

Existem três grandes princípios que regem o Código Civil de 2002, a saber, princípio da socialidade, princípio da operabilidade e princípio da eticidade. Em suma, o princípio da eticidade, como sugere o próprio nome, visa à inserção da ética no direito. O princípio da operabilidade objetivou a facilitação da aplicação do novo Código Civil, ao afastar a idéia de plenitude das disposições estabelecidas no diploma anterior, consideradas outrora suficientes por si mesmas. Assim surgiu a possibilidade de se recorrer a elementos exteriores para se atingir a Justiça, o que se dá, principalmente, por meio das cláusulas gerais. Por fim, o Princípio da função social busca romper com o individualismo para valorizar o coletivo.

Este último princípio citado é o que tem maior relevância para o estudo em questão. O princípio da socialidade, consistente em uma das bases na qual se assenta o Código Civil de 2002, decorre da necessidade de um novo olhar sobre o direito civil. Esse novo olhar é substancialmente diferente daquele que preponderava nos códigos civis dos Estados Liberais, cujo paradigma era essencialmente patrimonialista. Essa mudança decorre inegavelmente de uma transformação histórica, cultural, política e social.

A socialidade determina uma nova interpretação aos institutos de Direito Civil, incorporando a estes uma função social. Daí decorre a função social dos contratos, a função social da propriedade e de mesmo modo a função social da família. Nos dizeres de Flávio Tartuce e José Roberto Simão, temos que:

“... a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da paternidade socioafetiva. Isso porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações... não reconhecer a função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade”³²

Aplicando o princípio da função social à inseminação artificial homóloga post mortem e sua questão sucessória, considera-se que por tal princípio se faz necessária uma avaliação em que valores maiores da instituição familiar

³² TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernandes. *Direito Civil v.5: Direito de Família*. São Paulo: Método, 2006.p.40.

possam preponderar sobre interesses individuais e patrimonialistas. Desse modo, possíveis interesses patrimoniais de eventuais herdeiros já concebidos ou nascidos no momento da abertura da sucessão não devem se sobrepor a valores tais como o livre planejamento familiar, igualdade entre os filhos, princípio da afetividade, etc.

2.1.3 *Princípio da Isonomia*

É indubitável a grande relevância do princípio da igualdade entre os filhos para o estudo do presente tema, não se podendo olvidar que este mantém íntima ligação com o princípio da isonomia. O princípio da Isonomia está previsto em nossa Constituição em seu artigo 5º, in verbis:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

Tal princípio assegura uma isonomia perante à lei, e na lei. Assim possui dois destinatários, quais sejam, o legislador que não pode criar leis ofensivas à isonomia, sob pena de serem tais leis inconstitucionais e ao aplicador da lei no momento de sua atividade. O exato sentido do princípio da isonomia consiste em tratar de forma igual os iguais e tratar de forma desigual os desiguais, pois como bem assevera Konrad Hesse:

Igualdade jurídica material não consiste em um tratamento sem distinção de todos em todas as relações. Senão, só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma regulação desigual de fatos iguais; casos iguais devem encontrar regra igual. A questão é quais fatos são iguais e, por isso, não devem ser regulados desigualmente.³³

Entre os operadores do direito, que discutem a questão sucessória na inseminação post mortem, há aqueles que afirmam que o fato de não ser possível o direito à herança em tal caso não fere o princípio da igualdade entre os filhos. Considera-se para estes a situação do filho nascido após a morte do seu pai diferente da situação do filho havido quando o pai ainda era vivo, sendo que esta

³³HESSE, Konrad. Elementos de direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p.331

desigualdade seria suficiente para que não se falasse em ofensa ao princípio. Assim no entendimento de Mário Luiz Delgado:

E nem se alegue que, nessa hipótese, estaria violado o princípio da igualdade entre os filhos, posto no §7º do artigo 227 da Constituição Federal, regra esta, por sua vez, emanada do princípio maior da isonomia, petrificado no caput do artigo 5º.(...) No caso assegurar direitos sucessórios apenas aos filhos existentes na data da abertura da sucessão não viola o princípio da isonomia, dada a absoluta disparidade de situações.(..) Saliente-se, á guisa de conclusão, que o mero estado de filho, a ser reconhecido em qualquer situação, não implica no direito absoluto e inafastável à sucessão do pai. Fosse assim, ao poderia o filho ser excluído da sucessão ou deserddado, nas situações em que a lei prevê ³⁴

O fato é que embora não haja dúvidas que devemos interpretar tal situação considerando que somente deve ser dado tratamento igual aos que estão em igual situação, o questionamento que aqui se põe é saber se o fator “nascimento após a morte do pai” realmente é fator suficiente para considerar tal situação como desigual.

Num primeiro momento, sem antes adentrar aos embasamentos jurídicos pertinentes, é de se destacar que se tomarmos em conta apenas uma noção leiga, – entendida como a que pessoas não estudosas do direito poderiam ter – o fato da existência de situações que possam ensejar um procedimento de deserdação ou de indignidade certamente seria tida com unanimidade como fator que desigualasse um filho impedindo assim a participação deste na herança. De outra forma, não pareceria tal claro que no caso da inseminação post mortem pudesse também haver óbices a direitos sucessórios, pois que no primeiro caso a situação desigual é decorrente de ato praticado pelo filho, ao passo que no segundo caso decorreria do fato de ter o filho nascido após a morte de seu pai , pois este não praticou nenhum ato desabonador contrários aos princípios jurídicos vigentes.

2.1.3.1 Fator de discriminação

Para entender se a situação ora apontada, a saber, nascimento após abertura da sucessão é fato que revela situação desigual e que, portanto enseja um

³⁴DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*. V.8 N.188.

desigual tratamento, é necessário que se entenda quais os critérios que determinam o estabelecimento desta situação, ou seja, quais os critérios que legitimam um fator a ser considerado como desigual.

Colhe-se da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, os critérios ao qual deve se submeter uma situação para que possa ser entendida como desigual:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;

b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;

c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado:

*Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, á vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impede analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.*³⁵

Passemos a analisar o fator “nascimento após abertura da sucessão” como fator de discriminação, pelos critérios acima elencados. Pelo primeiro critério pretende-se vedar que tal diferenciação se dê, de forma a propiciar um possível privilégio ou uma possível perseguição a determinado indivíduo. Assim, não pode se eleger como fator de discriminação um critério tão específico que evidencie que só terá aplicabilidade para determinado indivíduo. Tal assertiva se mostra mais relevante quando de sua aplicação à atividade legislativa. Passa-se por tal critério sem mais problemas, no estudo do fator que acima definimos.

Mas é na segunda premissa do primeiro critério que devemos nos ater, qual seja, não se pode buscar nas pessoas critérios de diferenciação que não seja inerente a elas mesmas. Tal critério por si só, não é capaz de conferir status de

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2010. Ed.18 p.22-23

desigualdade entre as pessoas. Neste sentido, vejamos o que diz Celso Antônio Bandeira de Mello:

O fator “tempo” não é jamais um critério diferencial, ainda, que em primeiro relanço aparente possua este caráter.(...) O asserto ora feito – que pode parecer senão óbvio, quando menos, despiciendo – tem sua razão de ser. Ocorre que o fator “tempo”, assaz de vezes, é tomado como critério de discrimen *sem fomento jurídico satisfatório*, por desrespeitar a limitação ora indicada. ³⁶(grifou-se)

Resta claro que no fator de discriminação ora analisado, se levarmos em consideração, somente o elemento tempo em si, compreendendo tal diferença no momento do nascimento da prole, não é possível que tal fator seja válido. Portanto, é preciso que exista nesse fator extrínseco à pessoa uma razão, ou seja, uma correlação lógica entre o fator e o que se pretende tutelar com a diferenciação. Trata-se do segundo critério.

O que se pretende alcançar por meio do segundo critério, é saber se existe uma justificativa para que o fator de discriminação escolhido possa gerar uma tutela diferenciada dos direitos. Assim poderá se admitir que embora tal critério, se baseie em lapso temporal, poderá ser válido se existir razão para que se tenham tratamentos jurídicos díspares.

A parte da doutrina que entende não ser possível se falar em direitos sucessórios no caso da inseminação post mortem, entende que tal possibilidade vem ao encontro do princípio da segurança jurídica, já que é possível conservar o material genético por longo período de tempo, possibilitando situações em que a inseminação possa se dar depois de feita a partilha dos bens do de cujus. Identificamos aqui, que de fato há existência de uma correlação lógica no fato de discriminação, e considerando que a segurança jurídica é também princípio constitucional, estaria também presente o terceiro requisito.

Porém a análise não deve ter termo por aí, pois como já exposto anteriormente a correlação lógica não é absoluta e deverá levar em conta os princípios vigentes em nosso ordenamento jurídico, devendo haver uma ponderação

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2010. Ed.18 p.30

dos valores jurídicos, quando haja uma colisão entre eles. Os princípios jurídicos vigentes tendem a nos demonstrar que tal correlação poderá sim ser ofensiva, quando considerada tal ponderação e os modernos princípios que regem nosso código civil.

Ademais, é importantíssimo ressaltar que a relatividade do princípio da segurança jurídica, ganha contornos ainda mais expressivos, quando o analisamos em sede de direitos sucessórios. É o que passa a expor o próximo capítulo.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio constitucional da segurança jurídica, bem traduzido por meio do instituto da coisa julgada não deve ser entendido como absoluto, pois como é da própria natureza dos direitos fundamentais, deve manter harmonia – proporcionada por meio do princípio da razoabilidade - com os demais pilares da ordem jurídica. Nessa linha, o que demonstra grande parte da doutrina é uma tendência à relativização da coisa julgada, ou ao menos – para corrente não adepta desta teoria – uma ampliação das possibilidades de ataque das sentenças transitadas em julgado pelos meios já disponíveis no ordenamento. Em toda caso, o que fundamenta toda esta questão é a necessidade de busca de realização da justiça, como princípio norteador e motivador da ordem jurídica. Especialmente quando aplicado no âmbito dos processos sucessórios, o que se nota é que tal princípio tem valor jurídico eminentemente relativo.

3.1 Princípio da Segurança Jurídica

A segurança jurídica, em suma, reflete a certeza de manutenção de determinada relação jurídica para os indivíduos. É além de tudo importante pilar do próprio Estado democrático de direito e tem o objetivo de pacificação dos conflitos sociais ao passo que tem o condão de por termo ao conflito jurídico entre os litigantes de forma definitiva. É princípio constitucional na medida em que pode ser encontrado em esparsos dispositivos da Carta Magna, entre os quais podemos citar; princípio da legalidade, previsto no artigo 5º inciso II, princípio da anterioridade em matéria penal previsto no artigo 5º, inciso XXXIV e com destaque o artigo 5º inciso XXXVI, ao tratar da proteção ao direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. É por meio destes três institutos que se dá a efetividade da segurança jurídica.

Destaque-se aqui o duplo sentido que “a segurança no direito” pode ter, segundo ensinamentos de José Afonso Silva³⁷. Eis que tal termo pode ser

³⁷ SILVA, José Afonso da. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito a segurança de direitos IN ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.) *Constituição e segurança jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 16

compreendido como “segurança do direito” e “segurança jurídica”. A segurança do direito é traduzida pelo próprio direito positivo e nesse sentido oferece igualdade de tratamento entre os indivíduos já que a lei positivada será aplicada a todos sem distinção.

Entendendo que tal problemática quanto ao positivismo e interpretação das leis já foi esgotada em capítulo anterior, me limito a discorrer aqui sobre os interessantes apontamentos do próprio autor ao afirmar que embora o direito inseguro seja injusto na medida em que não assegura a igualdade entre as pessoas quanto à aplicação da norma, não significa que o direito seguro será sempre justo.

Como exemplo tal autor cita ordenamentos positivos manifestamente injustos como o nazi-fascista e o vigente durante o regime militar brasileiro entre outros, nos quais não havia o menor resguardo da dignidade da pessoa humana e mesmo assim eram considerados ordenamentos seguros, muito embora voltados somente para seus próprios fundamentos. Na história do mundo podemos pensar nestes e em outros inúmeros casos em que tantas injustiças foram cometidas em nome da lei. Segundo tal autor: “A segurança legítima do direito é apenas aquela que signifique garantia contra a arbitrariedade e contra as injustiças”³⁸. Neste mesmo sentido podemos citar trecho de artigo de Flávia Piovesan e Daniela Ikawa:

Basta lembrar que os principais acusados em Nurembergue invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Neste mesmo sentido, ressalta-se o julgamento de Eichman em Jerusalém, em relação ao qual Hanna Harendet desenvolve a idéia de “banalidade do mal”, ao ver em Eichman um ser esvaziado de pensamento e incapaz de atribuir juízos éticos às suas ações.³⁹

Assim, entende-se que embora necessária a positivação das normas - e esta se dá no Código Civil brasileiro por meio de vários dispositivos regidos pelo normativismo concreto como já demonstrado anteriormente -, está não

³⁸ SILVA, José Afonso da. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito a segurança de direitos IN ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.) *Constituição e segurança jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 16

³⁹ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito a segurança de direitos IN ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.) *Constituição e segurança jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 55

é capaz por si só de constituir garantia de justiça, e pode até ser instrumento, de modo diverso, de realização de injustiças. Ponto no qual retornamos mais uma vez para a questão da necessidade de aplicação da hermenêutica jurídica.

Já a “segurança jurídica” tem para tal autor vários contornos, mas nos limitamos aqui a discorrer de sua acepção como proteção dos direitos subjetivos, dentre os quais destacamos a coisa julgada material. Importante pilar para a efetividade da segurança jurídica quanto às tutelas proporcionadas pelo judiciário é a proteção à coisa julgada e é nele que a maioria da doutrina que não admite a concessão de direitos sucessórios na inseminação *post mortem* se baseia para tanto. Ademais, como exposto no capítulo anterior o princípio da segurança jurídica, especialmente no que diz respeito à coisa julgada adquire enorme relevância no presente estudo quando confrontado com o princípio da igualdade entre os filhos entendido como decorrência do princípio da isonomia, sendo tratado como fator apto a gerar tratamento desiguais entres os filhos.

3.1.1 A coisa julgada material e sua relativização

No caso particular da inseminação *post mortem* se comenta muito sobre a possibilidade de tal técnica ser empregada muito tempo após a morte do pai devido aos avanços nas técnicas de criopreservação do material genético nas clínicas de reprodução assistida. E a partir daí surge uma grande controvérsia quando se pensa na possibilidade em que o filho nasça e pleiteie direitos sucessórios após trânsito em julgado da sentença do procedimento sucessório e conseqüente partilha dos bens, preterindo assim, segundo entendimento de alguns autores os direitos dos demais herdeiros e favorecendo uma situação de eterna incerteza jurídica.

Passemos a analisar como vem sido concebida a questão da coisa julgada material não ser absoluta por grande parte dos juristas. A garantia da coisa julgada material permite que os jurisdicionados tenham a certeza da estabilidade da tutela que a eles é conferida após o trânsito em julgado da sentença. É definida no Código de processo civil no artigo 467: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso

ordinário ou extraordinário”. Pela perspectiva de Liebman a coisa julgada material não pode ser vista como um efeito autônomo da sentença, eis que efeito de uma sentença é fato diferenciado da possibilidade destes mesmos efeitos serem incontestáveis ou imutáveis, características estas que podem ser conferidas ou não às decisões transitadas em julgado.⁴⁰

Há de se destacar aqui, pioneira assertiva de Pontes de Miranda sobre aos malefícios que a suprema intangibilidade da coisa julgada pode acarretar:

Levou-se muito longe a noção de *res iudicata*, chegando-se ao absurdo de querê-la capaz de criar uma outra realidade, fazer de *albo nigrum* e mudar *falsum in verum*. No entanto, a coisa julgada atende à necessidade de certa estabilidade, de ordem, que evite o moto-contínuo das demandas com a mesma causa.⁴¹

É pacífico que a coisa julgada material é relativa na medida em que comporta a possibilidade da ação rescisória nos termos do artigo 485 do Código de Processo Civil que apresenta rol taxativo das possibilidades para que seja proposta. Além disso, também existe a possibilidade de uma ação anulatória ou até mesmo de embargos à execução como exemplificaremos mais a frente. Todavia, mesmo diante destes instrumentos processuais se torna árdua a tarefa, em determinados casos, de se buscar uma mudança na tutela conferida por parte do Estado, mesmo que diante de provas inequívocas que demonstrem que a sentença proferida que transitou em julgada foi equivocada, não correspondendo a verdade processual com a verdade real.

No caso da ação rescisória a interpretação que se dá ao rol taxativo das possibilidades de cabimento de tal ação é ainda extremamente restrita, especialmente quanto ao inciso V. Vejamos, o inciso V estabelece a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória quando a sentença de mérito transitada em julgado violar literal disposição de lei. Aqui, pautados na idéia já tratada em capítulo anterior de que o direito não se constitui só de normas, mas também de princípios, bem como a necessidade de uma hermenêutica jurídica adequada com o momento

⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda e MEDINA, José Miguel Garcia Medina. *O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003. p.14 op.cit. LIEBMAN, Enric Tulio Liebman. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.p.38

⁴¹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1988

histórico e os valores jurídicos presentes, ressaltamos a necessidade já apontada por doutrinadores da extensão de interpretação deste inciso. Nesse sentido, prelecionam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:

Com isso, quer-se dizer, por exemplo, que carece de sentido, dizer-se que a expressão “violação a literal disposição de lei” se refere exclusivamente à violação do *texto da lei*, num contexto em que prevalece o entendimento no sentido de que uma *violação ao princípio* é muito mais nociva e prejudicial ao direito, porque potencialmente mais danosa, do que a ofensa á letra de um dispositivo legal.⁴²(grifo no original)

[...]o direito não se reduz á lei. Evidentemente há padrões de conduta e decibilidade (se não houvesse não haveria direito!), mas esses padrões estão longe de se confundir com os textos do direito positivo.⁴³

Porém, mais do que uma necessidade de amplitude quanto à interpretação das hipóteses de rescisória, é proposta no âmbito jurídico uma teoria que possibilite que as sentenças “injustas” por assim dizer, possam ter possibilidade de mutação e adequação para com a verdade real. Neste contexto, há uma tendência de uma corrente de doutrinadores que visam à relativização da coisa julgada material para além dos casos aqui já citados, já que em muitos casos a ação rescisória ou mesmo a anulatória não vão ser cabíveis.

Tal corrente pretende demonstrar que a segurança jurídica uma vez refletida na coisa julgada material não deve prevalecer diante de uma decisão injusta e é nestes termos que pretendemos aqui demonstrar que o princípio da segurança jurídica vem gradativamente sofrendo uma tendência de relativização uma vez que não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas meio para a realização da justiça como já foi mencionado. Cândido Rangel Dinamarco, um dos doutrinadores adeptos a esta teoria, em um estudo titulado de Relativizar a coisa julgada assevera que:

[...]o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o

⁴²WAMBIER, Teresa Arruda e MEDINA, José Miguel Garcia Medina. O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003. p.14

⁴³Idem, Ibidem. p.9

da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça.⁴⁴

Destacamos aqui interessante questão que vem sendo debatida entre renomados juristas, a questão da coisa julgada inconstitucional sob a tese de não deve prevalecer a coisa julgada material mesmo que precluso prazo para recurso quando a sentença ou acórdão contrarie disposição constitucional. O fundamento primordial de tal tese é a de que se a sentença contraria normas da lei fundamental não pode ser protegida pelo instituto da coisa julgada, eis que se inconstitucional nem sequer existiu para o mundo do direito. É inconcebível que uma sentença totalmente absurda e incompatível com a ordem inconstitucional deva prevalecer, mesmo que precluso prazo para recurso.

3.1.1.1 Relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade

Na jurisprudência podemos colher casos que demonstram a nocividade do uso do instituto da coisa julgada de forma indiscriminada e absoluta. Destacamos aqui um precedente do Superior Tribunal de Justiça, citado em alguns artigos e livros sobre o assunto que demonstra o absurdo a que se chegou a absolutização da coisa julgada. Trata-se do Resp nº.107.248 de 1996, no qual foi ajuizada ação negatória de paternidade após realização de exame de DNA, sendo que no processo de investigação de paternidade que fora ajuizado anos antes, o juízo sentenciou com base em provas testemunhais. No Tribunal de Justiça do estado de Goiás, a preliminar de coisa julgada foi afastada, porém após interposição de Recurso Especial pelo Ministério Público, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela aplicação absoluta da coisa julgada, em termos rígidos conforme transcrevemos: “Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes.”⁴⁵

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira, também enfrentou a questão no REsp 226436/PR, no qual foi relator em

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. Revista da Ajuris, v.27, n.83, setembro de 2001. p.40

⁴⁵ STJ, 3º Turma, Resp n. 107.248/GO. DJU 29.6.98. p.160

2002. De modo diverso, a ação de investigação havia sido julgada improcedente e anos após a realização do exame de DNA restou comprovada a paternidade e foi ajuizada uma nova ação de investigação de paternidade, decidindo o Superior Tribunal de Justiça quanto à necessidade da relativização da coisa julgada neste caso, favorecendo assim a supremacia da justiça:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOCTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

I - Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II - Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III - A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. *Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade".*

IV - *Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.*⁴⁶(grifou-se)

⁴⁶ STJ. Órgão Julgador 4ª Turma. Resp 226436/PR; DJ 04.02.2002 p. 370

Em pesquisa aos tribunais brasileiros, encontram-se várias jurisprudências, admitindo-se a relativização da coisa julgada nos casos relativos ao estado das pessoas, especialmente no que se refere às ações de investigação de paternidade em que não houve realização de teste de DNA, considerando-se a relativa novidade do emprego de tal técnica nos processos judiciais. O que podemos observar de comum na fundamentação tanto das decisões monocráticas quanto dos acórdãos é sempre a necessidade já aqui mencionada de sobreposição da justiça e demais princípios do direito sobre a res iudicata. Neste sentido assevera Cândido Rangel Dinamarco:

Um óbvio prejudicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandora e realça é a justiça das decisões. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.”(grifou-se)⁴⁷

(...)“Deve aplicar-se a todos os casos de ações de investigação de paternidade julgadas procedentes ou improcedentes antes do advento dos modernos testes imunológicos (HLA, DNA), porque do contrário a coisa julgada estaria privando alguém de ter como pai aquele que realmente o é, ou impondo a alguém um suposto filho que realmente não o é”. (grifou-se)⁴⁸

A relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade têm sido admitidas pelos tribunais, via de regra, como resultado da ponderação entre a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana. É absurdo se admitir que uma falsa relação de filiação seja mantida em respeito simplesmente à coisa julgada, se privilegiando a verdade formal em detrimento da verdade material.

Barbosa Moreira é ávido crítico da teoria da relativização da coisa julgada e, no entanto, mesmo tal autor admite que no mínimo há a necessidade de “ampliação” da ação rescisória nestes casos para se considerar o exame de DNA como prova incluída no conceito de “documento novo” cuja existência o requerente ignorava, ou de que não pôde fazer uso, bem como mudança do termo inicial do

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material . *Revista da Ajuris*, v.27, n.83, setembro de 2001. p.40

⁴⁸ Idem, *Ibidem*. p.31.

prazo decadencial de dois anos para o dia de obtenção do laudo e não do trânsito em julgado da sentença, nos termos do artigo 485, inciso VII do Código de Processo Civil.⁴⁹

Assim, a mitigação da coisa julgada neste caso específico vem sendo amplamente aceita pela jurisprudência e doutrina, mesmo que com ressalvas de doutrinadores que tendem a restringir a questão á uma mera ampliação para hipótese de cabimento de ação rescisória. Tal mitigação, como demonstrado em jurisprudência não muito antiga não era fato corriqueiro, eis que nestas decisões se primava pela regra absoluta da coisa julgada.

3.1.1.2 Recurso especial nº. 240.712/SP

A tendência de mitigação da concepção de coisa julgada como absoluta vai além da questão do DNA e filiação, Candido Rangel Dinamarco cita o REsp n.240.712/SP de 2002. Em ação de desapropriação indireta em desfavor da fazenda pública do estado de São Paulo, após o trânsito em julgado da sentença na qual o estado foi vencido e posterior e realizou pagamento de boa parte das parcelas advindas de acordo homologado entre as partes, foi proposta ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito fundamentada em erro no julgamento em virtude da perícia, pois grande parte das terras pertencia a terceiros e inclusive já haviam sido objetos de demanda anterior, fato que aumentou consideravelmente o valor da indenização que deveria ser paga.

O juiz monocrático concedeu a antecipação de tutela para que houvesse a suspensão do pagamento das parcelas acordadas em cumprimento do precatório expedido. A antecipação de tutela foi revogada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e tal decisão foi atacada por Recurso Especial, alegando os recorridos nas contra razões a força da coisa julgada. O relator de tal recurso especial foi o ministro José Augusto Delgado, ávido defensor da idéia de que a coisa julgada absoluta em verdade não propicia a segurança jurídica tutelada pela Constituição

⁴⁹Disponível em http://www.fiscolex.com.br/doc_6223630_CONSIDERACOES SOBRE A CHAMADA RELATIVIZACAO DA COISA JULGADA_MATERIAL.aspx>. Acesso em 15/18/2011

Federal, pois não respeita os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁵⁰ De modo enfático em seu voto, o relator expressa enfaticamente sua posição quanto à matéria.

Ressalto, nesta oportunidade, a minha posição doutrinária no sentido de não se reconhecer caráter absoluto à coisa julgada material. Filio-me a respeito a determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada só pelo fato de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado.⁵¹

O REsp foi julgado procedente com três votos, e foi mantida a antecipação da tutela, concluindo o ministro relator em seu voto pela intenção de proteção à real missão da Justiça.

3.1.1.2.1 Parecer de Humberto Theodoro Júnior a respeito do REsp nº.240.712/SP

Humberto Theodoro Júnior elaborou interessante parecer sobre o Resp nº. 24.712/SP a pedido da procuradoria do Estado de São Paulo. Em tal ocasião suscita importantes questões correlacionadas à lide em questão. É interessante sua exposição no que tange à questão hermenêutica, que mais uma vez aqui se enquadra, demonstrando a interligação das assertivas deste trabalho monográfico. Tal autor afirma que o devido processo legal deve ser aquele que garanta a solução mais justa à lide. Ressalta a importância da necessidade de “compreensão social do drama vivido no momento da operação jurisdicional” antes da mera aplicação técnica da lei processual.

Corroborando assim, a assertiva tratada em capítulo precedente de que o aplicador da lei não deve subsumir o fato à norma de forma literal, nem deve se escusar de fazê-lo apontando que o “justo absoluto” não faz parte da ordem positiva. Confirma também a superação da tese positivista de que o direito se encontra na lei, como discorre Dworkin. Os meios processuais devem visar a efetividade da prestação jurídica justa para a sociedade e qualquer conflito entre a norma e uma

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista da Ajuris, v.27, n.83, setembro de 2001. p.46

⁵¹ STJ. Órgão Julgador: 1ª Turma. Recurso Especial nº 240.712-SP. DJ:15/02/200

tutela justa será aparente, pois é nesse momento que as técnicas hermenêuticas corretas devem ser empregadas. Neste sentido assevera que:

Se, como é evidente, a lei tem como destinação precisamente realizar a Justiça na convivência social organizada, só se pode ter como fruto de má compreensão e eventual interpretação que lhe empreste resultado injusto e incompatível com os princípios éticos caros à comunidade. A tarefa de adequar a norma abstrata da lei às particularidades do caso concreto, que na maioria das vezes não foram sequer cogitadas pelo legislador, exige dos magistrados um cuidado e uma atenção especiais, de cuja omissão, em regra, o contraste indesejável da lei com a ética⁵²

Com base em tal citação, e de acordo com as vias pelas quais o ordenamento jurídico permite uma nova tutela à lide que já teve sentença transitada em julgado, fica claro que no mínimo ao elaborar as hipóteses de cabimento de rescisória ficaram excluídas situações que não eram imagináveis ao legislador naquele momento. A necessidade de uma interpretação que vise a uma justiça na decisão a ser prolatada é ponto pacífico, eis que como afirmado anteriormente até mesmo Barbosa Moreira, crítico da teoria de relativização entende que – pelo menos – nos casos referentes à investigação de paternidade haja uma interpretação extensiva ao artigo 485 do Código de Processo Civil.

Nessa linha, se o magistrado entender que tal fato mereça receber uma nova tutela jurisdicional, em que pese a princípio tal caso trata-se de coisa julgada, assim o fará com a certeza de uma melhor interpretação do artigo 467 do Código de Processo Civil que vise em última análise à justiça social. É a justiça social que deve legitimar uma eventual mitigação da coisa julgada e não o contrário, em que pese tal instituto servir como meio de pacificação social. É esta a posição a ser tomada no binômio “justiça x segurança jurídica”.

Humberto Theodoro Júnior ressalta o aparente conflito de princípios constitucionais envolvidos, aparente, pois o princípio maior que deve sempre prevalecer é o princípio da razoabilidade, eis que por meio deste é possível haver equilíbrio dos princípios, sem que um deles fique completamente mitigado. No caso

⁵²Disponível

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/regulariza2/doutrina912.html>> acesso em 24/08/2011 em:

do parecer em questão, o autor aplica o princípio da razoabilidade, entendendo que a manutenção ao respeito dogmático da coisa julgada no caso concreto por ele analisado, poderá ensejar resultado insatisfatório diante dos princípios constitucionais elevados da justiça e moralidade. Considera superada a possibilidade em nosso ordenamento de prevalência da verdade formal, em detrimento da verdade material, eis que esta última é a que traduz o ideal de justiça.

Por fim, colhemos de tal parecer, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que mostra a aplicabilidade do princípio da razoabilidade primando pela harmonização dos princípios constitucionais. São citados o REsp n.111,1178/GO e o REsp n.105.012, nos quais para assegurar a justa indenização em processos expropriatórios se mitigou a coisa julgada, havendo “atualização” da indenização em face do aviltamento do preço com o decorrer dos anos.

Todos os precedentes mencionados refletem a preocupação doutrinária e judicial no fato de não se absolutizar a coisa julgada apenas para eliminar as incertezas jurídicas, pois como já mencionado neste estudo e tem sido defendido por vários doutrinadores o instituto da coisa julgada deve se coadunar com os demais princípios de ordem constitucional de forma a sempre almejar o alcance da justiça.

3.1.2 Relatividade da Segurança Jurídica inerente aos procedimentos sucessório em geral

Nas situações expostas acima se demonstra a mitigação da coisa julgada material em situações excepcionais, quando necessária ao imperativo de justiça e adequação constitucional, principalmente no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, se como regra geral prevalecerá o instituto da coisa julgada material e esta somente será relativizada em situações pontuais, de modo contrário tal premissa se aplica no âmbito sucessório. A sentença terminativa de mérito nos processos de inventário e partilha só faz coisa julgada em relação aos herdeiros que dela participaram, como defende, por exemplo, Humberto Teodoro Júnior e Orlando Gomes. Logo a segurança jurídica neste caso será sempre relativa, pois dependerá da existência ou não de eventual herdeiro preterido. Carlos

Cavalcante de Albuquerque cita exemplo que ilustra essa perspectiva de segurança jurídica relativa nos procedimentos sucessórios.

A título de exemplo observe-se que, se o falecido não tinha filhos, deixando somente cônjuge sobrevivente e ascendente de primeiro grau, pai e mãe vivos, a herança seria partida em três quotas iguais, nos termos dos artigos 1.836 e 1.837, do Código Civil, no entanto, havendo ação de investigação de paternidade post mortem, julgada procedente, restariam excluídos da sucessão os ascendentes, enquanto o cônjuge, a depender do regime de bens (cf. art. 1.829, I, do CC), poderia ou não concorrer com o descendente reconhecido judicialmente.⁵³

Nestes casos de investigação de paternidade post mortem é dispensada a ação de anulação de partilha anterior diante da inexistência de coisa julgada em desfavor de herdeiro que não se habilitou naquele inventário. Humberto Theodoro Júnior compartilha deste entendimento asseverando que tal sentença é eivada de nulidade *pleno iure*, não demandando nem ação rescisória, nem ação anulatória, e podendo ser invocada a qualquer tempo. Diz Orlando Gomes que:

O julgamento do processo de divisão hereditária não faz coisa julgada em relação ao pretense herdeiro real, por ter sido a ele estranho. Desnecessário rescindi-la. A exclusão do verdadeiro herdeiro determina sua nulidade absoluta, que pode ser reconhecida independentemente de ação. Nova partilha impõe-se. Se reconhecida a qualidade hereditária do autor da ação antes de serem partilhados os bens, refaz-se o processo de inventário.⁵⁴

O que a jurisprudência demonstra é que nestes casos uma ação de investigação de paternidade cumulada com ação de petição de herança seria o meio mais adequado, conforme ementa abaixo do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. HOMOLOGAÇÃO DE PARTILHA. TRÂNSITO EM JULGADO. HERDEIRO QUE NÃO INTEGROU A RELAÇÃO PROCESSUAL. PRETERIÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. DESCABIMENTO.

⁵³ FILHO, Carlos Cavalcante Albuquerque. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Revista Brasileira de Direito de Família[on line]. Disponível em < www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8>. Acesso em: 05/10/2010.

⁵⁴ Idem, Ibidem.p.264

1. A ação rescisória não é o remédio processual adequado a ser manejado pelos herdeiros que não participaram do processo de inventário, buscando atacar a partilha homologada em procedimento sem contencioso.
2. Inteligência das regras dos arts. 1.824 e 1.825 do Código Civil de 2002
3. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.
4. Recurso especial desprovido.⁵⁵

Nestes termos, ainda segundo Humberto Theodoro Júnior, não cabendo a totalidade da herança ao herdeiro preterido deverá ser reaberto um novo procedimento sucessório, nos quais os bens partilhados serão todos devolvidos ao monte para uma nova partilha da qual seja destinada a quota parte ao “novo” herdeiro, e caso este venha a ser o único contemplado na nova ordem de vocação hereditária a sentença já formada seria executada como se fosse para entrega de coisa certa.⁵⁶

Assim, a previsibilidade da própria ação de petição de herança revela o caráter relativo inerente aos procedimentos sucessórios em geral, estabelecendo no artigo 1.824 do Código Civil brasileiro de 2002 que: “O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.” De acordo com o que preleciona Paulo Nader:

Com o ajuizamento da petição de herança o autor busca o reconhecimento judicial de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou parte dela, acrescida de frutos e rendimentos, retroativamente à abertura da sucessão, de quem, coerdeiro ou não, se encontra na posse dos bens.[...] O objetivo final da petitio hereditas é a restituição da herança ou sua quota-parte ao sucessor excluído. Não havendo mais bens, ao herdeiro caberá a indenização correspondente ao prejuízo sofrido.⁵⁷

Pode ser intentada sempre que herdeiro aparente possua os bens da herança, como por exemplo: quando houver sido anulado testamento que instituiu herdeiro, por ter sido encontrado testamento que afastava determinado

⁵⁵ STJ. Órgão Julgador 3ª Turma Recurso Especial nº 940455-ES DJe:23/05/2011

⁵⁶ STJ. Órgão Julgador 4ª Turma. Recurso Especial nº. 263.243-RS DJ:22/04/2002 p.7

⁵⁷ NADER, Paulo. Curso de direito civil, v.6: direito das sucessões. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.p128

herdeiro da sucessão, ou casos em que foi reconhecido herdeiro que o pretere na orem de vocação hereditária, entre várias outras situações.⁵⁸

A ação de petição de herança pode ser proposta nestes termos, antes ou depois da partilha, visando o reconhecimento do estado de herdeiro, e consequentemente restituição de bens que caibam a este. Deste modo, esta possibilidade jurídica, embora deva obedecer ao prazo prescricional de dez anos, conforme súmula nº149 do Superior Tribunal de Justiça, demonstra claramente que em regra a defesa de uma suposta segurança jurídica nos casos de inseminação post mortem não é plausível, eis que inerente ao qualquer procedimento sucessório a incerteza da coisa julgada, diante da possibilidade da existência de herdeiro até então desconhecido. Tal argumento seria uma tentativa de atribuir determinado caráter à situação jurídica específica que naturalmente não detém tal característica.

⁵⁸ GOMES, Orlando. Sucessões. 12ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.262

4 PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

O Princípio do Livre Planejamento vem corroborar a tese da possibilidade de concessão dos efeitos jurídicos em relação à paternidade e de modo extensivo à questão sucessória. Tal princípio permite que a vontade do casal possa ser concretizada mesmo após a morte de um deles, pois no nosso ordenamento pátrio podemos observar a possibilidade jurídica de tal fato aplicada a casos bem semelhantes.

4.1 Livre planejamento familiar como direito fundamental

Quando tratamos da questão de inseminação post mortem, além dos importantes princípios constitucionais analisados nos capítulos precedentes, não podemos olvidar que tal matéria indubitavelmente envolve também o direito fundamental ao livre planejamento familiar. Em tal situação a vontade de ter um filho mesmo após a morte do pai, quando este desejo reconhecidamente tenha sido de ambos os cônjuges, pode ser realizada entendendo-se que está se dando efetividade ao direito do livre planejamento familiar.

O livre planejamento familiar consiste em direito do casal, do homem ou da mulher, quanto à liberdade de constituir sua família sem intervenção de terceiros, e uma vez direito fundamental, entende-se que o estado deve propiciar os meios necessários para a sua concretização. Arnaldo Rizzardo define o livre planejamento familiar deste modo:

Desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credo religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado -, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros. (...) Eis a regra instituída no §2º do art. 1565: "O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício

*desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas*⁵⁹(grifou-se)

Não podemos deixar de observar que o direito em questão estará sempre condicionado ao melhor interesse da criança e deverá sempre estar em consonância com os demais princípios e com o próprio ordenamento. Quanto á este ponto, ou seja, ao limite imposto ao livre planejamento familiar, indagam alguns autores se o fato de uma criança já nascer sem pai não lhe traria prejuízos psicológicos durante sua formação.

A inseminação artificial homóloga *post mortem* é questão bastante controvertida entre a doutrina, e envolve outras áreas além da jurídica quando se fala no interesse do menor. O fato do nascimento de uma criança sem pai foi justificativa na formulação do enunciado 127do CJP, que propunha suprimir a parte final do inciso III do artigo 1.597, a qual estabelece a possibilidade de filiação nos casos de inseminação póstuma. Tal enunciado, no entanto, não foi aprovado. De forma contrária a tal posicionamento, discorreremos aqui sobre o posicionamento de Paulo Luiz Netto Lobo, que tem o seguinte entendimento:

Não se pode negar a possibilidade da pessoa sozinha ter um projeto parental que atenda perfeitamente aos interesses da criança, o que vem de encontro ao contido na Lei .nº. 9236/96, que prevê que o planejamento familiar é parte integrante de várias ações em prol da mulher, do homem ou do casal, numa perspectiva mais abrangente que a do texto constitucional, mas perfeitamente adequada ao nosso sistema jurídico.⁶⁰

Ademais, a Constituição Federal protege a família monoparental também como entidade familiar e a Lei nº. 9.236/96, que regula o livre planejamento familiar faz menção em seus artigos à destinação do direito, à mulher, ao homem ou a ambos. Vejamos os artigos da Lei nº. 9.236/96:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos

⁵⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15 e 16.

⁶⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial – vol.XVI. Álvaro Vilaça Azevedo (coordenador). São Paulo: Atlas, 2003.

iguais de constituição, limitação ou aumento da prole *pela mulher, pelo homem ou pelo casal*.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à *mulher, ao homem ou ao casal*, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Quanto à pluralidade familiar, aduz a Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

É necessário que vejamos as situações fáticas. No Brasil, como já mencionamos já existe caso de inseminação post mortem, no qual em sede de tutela antecipada se condenou uma clínica de fertilização a realizar inseminação artificial em mulher com material genético do marido já falecido. A decisão do juiz se baseou na comprovação de que o marido falecido desejava ser pai daquela criança, e inclusive para efeitos jurídicos a criança já esta registrada em nome do pai⁶¹ em consonância ao que prevê o artigo 1.597, III do Código Civil.

Deste modo, se considerarmos a vontade do pai em ter esse filho, não é admissível que o judiciário venha lhe tolher direitos sucessórios, quando comprovado já em caráter processual que essa não seria a vontade de seu genitor. Aqui percebemos que eventual possibilidade que esta criança se habilite em inventário – mesmo diante da norma posta no artigo 1.597 do Código Civil - é também de certa forma, modo de assegurar a decisão do casal, proporcionando a efetividade do livre planejamento familiar em sua plenitude.

4.1.1 A possibilidade de concretização da manifestação de vontade após a morte

Quanto à manifestação da vontade, há doutrinadores que entendem não ser possível a presunção contida no artigo 1.597, III do Código Civil por não ser cabível presunção de que pessoa já falecida quisesse ter filho. Neste corrente

⁶¹ Obtivemos tal informação através de uma das advogadas que atuaram no caso, a dr^a. Adriana Szmulik

Mônica Aguiar⁶² entende que a filiação nesse caso, deve ser afastada, pois fere a teoria da vontade e o art.5º, inciso I do Código Civil. A autora defende que seja suprimida de nosso ordenamento a presunção de paternidade decorrente de inseminação *post mortem*, entendendo que o critério para estabelecer o vínculo de filiação nesses casos é o volitivo (diferentemente do filho havido pro conjunção carnal, caso em que o vínculo é biológico), e entendendo que a morte serve como causa revogadora da decisão, logo a vontade de procriar não deve ser estendida para além da morte. A morte operaria assim, *ipso facto*, pois o consentimento, quando da fecundação deve ser reiterado. Defende que na hipótese de ocorrer a inseminação artificial o filho teria de ser somente do cônjuge sobrevivente.

Neste ponto, é importante ressaltar que há no nosso ordenamento possibilidade de extensão da manifestação de vontade após a morte em relação à filiação. Trata-se do instituto da adoção post mortem, tratado no artigo 42, § 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe: “A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.” De outra forma podemos também considerar o próprio testamento que nada mais é do que extensão da manifestação de vontade em vida. Nesta linha, afirma Carlos Cavalcante de Albuquerque:

Portanto, como na adoção havendo inequívoca manifestação de vontade dos adotantes que venham a falecer depois de iniciado o processo de adoção admiti-se a conclusão do procedimento, assim também deve ocorrer na fecundação post mortem, uma vez que solução diversa irá de encontro ao melhor interesse da criança, a qual tem o direito de ser reconhecida filha do pai falecido para todos os efeitos jurídicos, no âmbito do direito de família e das sucessões.⁶³

Interessante destacar que embora o dispositivo do Estatuto da Criança e o Adolescente fale na possibilidade de adoção póstuma só quando já estava em curso o processo judicial, há possibilidade de interpretação extensiva do dispositivo conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

⁶²AGUIAR, Mônica. Direito a filiação e bioética. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.118

⁶³ Referência do texto: FILHO, Carlos Cavalcante Albuquerque. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Revista Brasileira de Direito de Família[on line]. Disponível em < www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8>. Acesso em: 05/10/2010.

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou a esse respeito: Adoção póstuma – Manifestação de propósito. É permitida a “adoção póstuma” se, quando do óbito do adotante, já estiver encaminhado ao juízo o pedido de adoção (art.42, §5º do ECA). Ocorre que a exigência do processo instaurado, pode ser substituída por documento que evidencie o manifesto propósito do de cujus de adotar a criança. Trata-se de “inequívoca manifestação de propósito que pode existir independentemente do procedimento de adoção. Na hipótese, há certidão de batismo do menor, que expressamente indica os adotantes como pais, além do depoimento do advogado quanto a ser procurado pelo falecido pra regularizar a adoção. Isso, aliado ao fato de o menino, hoje com dez anos, ter sido criado como filho pelos adotantes desde seus primeiros dias de vida, impõe o restabelecimento da sentença, que determinou a retroação da adoção à data da abertura da sucessão do marido da autora. REsp 457.653-PB, j.19.11.2002, rel. Min, Ruy Rosado.

Assim, não há que se falar em revogação do consentimento dado em vida quanto à realização da inseminação e conseqüentemente à geração de um filho mesmo após a morte de seu pai e então existindo prova desta vontade tal planejamento deve ser efetivado, mesmo que após a morte.

4.1.2 O pressuposto da manifestação de vontade

A manifestação de vontade é ponto pacífico como pressuposto para a presunção de paternidade contida no artigo 1.597, III do Código Civil, para aqueles que admitem a legitimidade de tal efeito jurídico contido no disposto em tal dispositivo. Deste modo, não se cogita em tal situação quanto à entrega obrigatória do material genético a viúva, como se tal material se tratasse de herança. Repita-se que a realização de tal inseminação dependerá sempre do consentimento de ambos, e na ausência deste consentimento caso a inseminação se realizasse teria status de inseminação por doador anônimo, como afirma Paulo Lôbo:

O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a clínica de reprodução assistida lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser objeto de herança. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. A utilização não

consentida do sêmen deve ser equiparada à do doador anônimo, o que não implica atribuição de paternidade.⁶⁴

Nestes termos, o Enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil, determina que para ser presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

O Conselho Federal de Medicina por meio do regulamento nº.1.95710/10, que alterou o regulamento nº.135.892/92 traçando normas éticas para utilização da inseminação artificial, determina em seu item V.3 que no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. Embora tal resolução não tenha força de norma é usada pelos médicos como um parâmetro ético em eventual utilização da técnica de inseminação post mortem.

4.1.2.1 Inseminação post mortem no Brasil: processo nº. 27862/2010 - Paraná

Em Curitiba no Paraná em 2010 foi concedida em caráter liminar a primeira decisão judicial autorizando a realização de procedimento de inseminação post mortem. Trata-se do caso da professora Kátia Lernerneier e seu falecido marido Roberto Jefferson Niels. O falecido foi diagnosticado com câncer em janeiro de 2009, e antes disso o casal já havia passado por várias tentativas frustradas de gravidez, nas quais a senhora Kátia sempre passava por abortos espontâneos. Antes de se submeter a tratamento quimioterápico, o falecido foi aconselhado por médico a depositar seu sêmen em clínica de fertilização para que ficasse congelado, em razão do alto risco de esterilidade provocado por esses tipos de tratamento.

⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial. Álvaro Vilaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. V.XVI. p.51

No momento da coleta do material genético, diferente do que é estabelecido na resolução do Conselho Federal de Medicina, não houve declaração por escrito autorizando que Kátia fizesse uso do espermatozoide de seu viúvo, caso este viesse a falecer. Em julho de 2009 o casal havia iniciado tratamento para a reprodução assistida, que foi interrompido com novo diagnóstico apontando que o câncer havia se espalhado para os ossos. Após a morte do marido no início de 2010, Kátia decidiu realizar a inseminação com o material depositado na clínica e naturalmente a clínica se negou a realizar tal procedimento, assim foi ajuizada ação de obrigação de fazer em desfavor da clínica perante a 13ª Vara Cível de Curitiba.⁶⁵

Em sede de antecipação de tutela a liminar foi deferida, entendendo o juiz Alexandre Gomes Gonçalves que a manifestação de vontade não deveria necessariamente ser escrita nos termos do enunciado nº.106 do Conselho da Justiça Federal, mas deveria ser manifestada por atos do falecido em vida de forma inequívoca, o que foi feito pelo ato inquestionável de depósito de seu sêmen, bem como o incentivo ao tratamento da esposa para que a fertilização pudesse ser realizada, interrompido pelo grave estágio da doença.

Assim, o juiz concedeu a antecipação de tutela entendendo que a verossimilhança está provada pelos atos do marido em vida, bem como a anuência da família deste para que tal procedimento fosse realizado. Ademais, o perigo do dano irreparável ou de difícil reparação foi configurado a partir de relatório médico pelo qual a demora na solução da lide tornaria mais difícil o sucesso na fertilização. Quanto à questão do planejamento familiar e a possibilidade da concretização da vontade após a morte, o juiz discorre na decisão interlocutória:

A autora, portanto, além da provável legitimação, como sucessora para realizar a vontade do marido, parece ter também o direito de concretizar os planos feitos com eles, utilizando-se dos meios que deixou notadamente, porque, segundo prescrevem os §§ 5º e 7º do art.226 da Constituição Federal, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo os direitos referentes à sociedade conjugal “exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Normas que não

⁶⁵ Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2209896/liminar-autoriza-reproducao-post-mortem>>. Acesso em 10.05.2010

por sua redundância, mas por sua importância, estão reafirmadas no art.1.565 do Código Civil vigente e o art.2º da Lei nº.9.263/96.⁶⁶

Tal decisão vem corroborar o entendimento de que há a possibilidade da concretização da vontade do casal, mesmo que um dos conjugues tenha falecido, assegurando assim, a plenitude do princípio do livre planejamento familiar, o qual extensivamente poderá ser aplicado também à questão sucessória.

⁶⁶ Trecho da decisão interlocutória à folha a qual consta anexa a este trabalho. Processo nº. 27862/2010. 13º Vara Cível da Comarca de Curitiba.

CONCLUSÃO

A possibilidade de ser considerado como herdeiro legítimo apto à sucessão, bem como propor inclusive petição de herança caso eventual partilha já tenha sido realizada, não pode ser afastada querendo se defender o princípio da segurança jurídica e a literalidade do que dispõe o artigo 1.798 do Código Civil. Em contrapartida, a possibilidade de suceder se corrobora com os princípios da igualdade entre os filhos e o livre planejamento familiar.

Vejamos, a tese de defesa do artigo 1.798 no que dispõe em relação ao requisito da coexistência deve obedecer às regras da hermenêutica jurídica, atenta às particularidades das situações fáticas que repercutem no âmbito jurídico. Assim, entendemos que deve ser patente a possibilidade de uma interpretação particular a tal dispositivo quando se trata da questão da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Observa-se que tal interpretação vem sido utilizada nas decisões dos tribunais. Citamos aqui importante decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 42777 de 2011 quanto à união estável homoafetiva e a possibilidade de constituição de família por estes casais. O embasamento de todo o voto do ministro Aires Brito é quanto à possibilidade de uma interpretação extensiva a um dispositivo constitucional, conforme os demais valores constitucionais vigentes, ultrapassando a literalidade do artigo 226, §3º o qual estabelece que a união estável se dá entre homem e mulher, sendo reconhecida como entidade familiar.

No que se refere às críticas quanto a desobediência à segurança jurídica quando consideramos a possibilidade de inseminação após inventário, não vemos em tal assertiva legitimidade pois a segurança jurídica já é naturalmente em qualquer processo sucessório relativa. As especulações de que uma inseminação *post mortem* poderia ser realizada com intuito exclusivo da genitora em obter proveito econômico visando o recebimento de herança pelo seu filho em detrimento de outros possíveis filhos também não parece a mais sensata.

Sabemos que o sistema jurídico só será perfeito no plano do dever ser. O instituto da presunção de filiação na constância de casamento previsto no artigo 1.597, incisos I e II, por exemplo, pode ser usado com má fé do mesmo modo, havendo a possibilidade da criança não ser filha biológica do marido. Além disso, a inseminação artificial homóloga post mortem só poderá surtir efeitos jurídicos no âmbito da filiação e do direito sucessório, nas situações em que restar comprovada a inequívoca manifestação de vontade do falecido expressada em vida, fato que por si só reduziria a possibilidade da mera objetivação de lucro por parte da viúva.

A impossibilidade de suceder em tais casos afronta a princípio da igualdade estabelecendo tratamento diferenciado a determinada situação que justifica tal diferenciação. A partir do estudo do princípio da isonomia, podemos entender o que legitima um determinado fator a ser necessário para exigir tutelas jurídicas diferenciadas. Porém, entendendo a relevância da segurança jurídica como fator de amplitude constitucional passível de gerar tal diferenciação conforme os critérios estabelecidos por Celso Antônio Bandeira de Melo, podemos chegar à conclusão pelo exposto no capítulo três que tal fator não deva ser considerado. Tal justificativa se dá por dois argumentos básicos, quais sejam, a crescente ponderação da relativização da coisa julgada atrelada à função maior de justiça que deve ser inerente ao próprio direito e mais especificamente o fato da segurança jurídica se mostrar relativa em todos os procedimentos sucessórios.

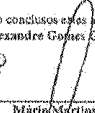
A possibilidade de ser herdeiro necessário se coaduna também com o direito fundamental ao livre planejamento familiar, o que dá mais ainda razão a tal posição. Buscou-se entender os princípios e dispositivos do código civil atinentes ao caso, bem como o tipo de interpretação das normas que se evidencia como a mais adequada. Conclui-se que àquele que foi gerado por meio de inseminação artificial homóloga post mortem não deve ser negada a possibilidade de pleitear direitos sucessórios na qualidade de herdeiro necessário, sendo em habilitação em inventário, seja por meio de ação de petição de herança no limite prescricional desta.

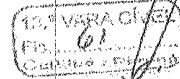
REFERÊNCIAS

- LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica & Direito*. Curitiba: Juruá, 2003.
- COSTA, Judith Martins Costa. *Culturalismo e Experiência no Novo Código Civil*. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília, v. 18, n. 6, p.13-33, junho de 2006.
- HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As Inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*. Instituto Brasileiro do direito de família. [on line]. Disponível em < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290>>
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 18.ed .São Paulo: Malheiros, 2010.
- ARAÚJO, Maria Darlene Braga. *O clássico estabelecimento da filiação e as inovações oriundas do princípio da Isonomia*. *Revista Pensar*. Fortaleza, v.4, n.4, p.51-60, janeiro de 1996.
- DELGADO, Mário Luiz. *Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai*. *Revista Jurídica Consulex*. v.8 v.188.p42-45, novembro de 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. *Revista da Ajuris*, v.27, n.83,p.33-65, setembro de 2001.
- FILHO, Carlos Cavalcante Albuquerque. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. *Revista Brasileira de Direito de Família*[on line]. Disponível em < www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=8>. Acesso em: 05/10/2010.
- AGUIAR, Mônica. *Direito a filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Ensaio sobre Dworkin*. Tradução de Patricia Sampaio. In DWORKIN, Ronald. *Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *A ectogênese e seus problemas jurídicos*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

ANEXO A – LIMINAR DO PROCESSO Nº. 27862/2010

CONCLUSÃO	
Nesta data faço conclusos estes autos ao MM. Juiz Dr. Alexandre Gomes Gonçalves	
Carilibe, 24.05.10	 Maria Martins Juiz de Direito



Autos nº 27862/2010

I.

Katia Adriana Lenerneier pretende compeli-la a Androlab – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia a submetê-la a procedimento de inseminação artificial com o sêmen congelado de seu falecido marido Roberto Jefferson Niels. Argumenta que essa era a vontade do esposo e que tem a autorização de família do falecido para concretizá-la, ao que se opõe a Androlab sob o argumento de que no termo assinado por Roberto quando da coleta do sêmen não consta disposição a respeito da destinação do material após seu óbito. Invoca fundamentos de fato e de direito em prol de sua pretensão e, afirmando o *periculum in mora*, pede antecipação de tutela.

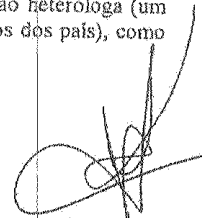
II.

Registro, inicialmente, que não se podem confundir o sêmen e a vida com ele eventualmente gerada. A decisão não terá por objeto senão exclusivamente o material orgânico confiado à guarda do laboratório. E não se trata de amesquinhar a importância da questão trazida à apreciação deste juízo – hoje inusitada, mas que certamente será corriqueira com o evoluir da ciência médica e das técnicas de fertilização artificial. Pretende-se simplesmente repelir a idéia de que venha este juízo a decidir sobre a vida.

Quanto à pretensão em si, penso que não devesse impedi-la a preocupação com a paternidade. A preocupação não seria maior do que a inspirada pelos casos de inseminação artificial feita com sêmen de doador anônimo, eventualmente identificado, estando o caso em questão, em princípio, albergado pelo Direito, a partir da interpretação do art. 1.597, inciso III, do Código Civil vigente, que trata da presunção de paternidade nos casos de fecundação artificial homóloga (gametas provenientes dos pais da criança a ser gerada).

O dispositivo não restringe a presunção somente à hipótese de concepção na constância do casamento (inseminação/fecundação antes do falecimento do pai, dado que a sociedade conjugal extingue-se pela morte do cônjuge), admitindo que também se presuma a paternidade no caso de concepção fora da constância do casamento. A redação dada pelo legislador parece pretender justamente regular casos como o presente, notadamente quando inequívoca a vontade do pai, apta a sustentar a presunção mesmo nos casos de fecundação heteróloga (um ou outro dos gametas, ou ambos, provenientes de terceiros, distintos dos pais), como prescreve o inciso V.

(a)





Já se sustentou que "para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte" (Enunciado nº 106 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>). Não parece, porém, que essa manifestação de vontade deva ser necessariamente escrita; deve ser, sim, inequívoca e manifestada em vida, mas sendo também admissível a vontade não expressada literalmente, mas indiscutível a partir da conduta do doador – como a do marido que preserva seu sêmen antes de submeter-se a tratamento de doença grave, que possa levá-lo à esterilidade, e incentiva a esposa a prosseguir no tratamento.

Aliás, também se entendeu que, "no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento" (Enunciado nº 104 aprovado por ocasião dos mesmos estudos). Se a vontade implícita do pai é admissível nos casos de inseminação artificial heteróloga, com muito maior razão haverá de ser admitida para a inseminação homóloga, se inequívoca.

Constituindo a vontade do pai o elemento-chave a amparar a pretensão, não se pode senão entender estarem os sucessores do doador falecido autorizados a dispor do material genético, coletado como garantia do propósito frustrado pelos tratamentos químico e radioterápico e pela morte prematura, nunca esperada em razão da célere evolução da enfermidade que acometeu o esposo da autora, que esses tratamentos não puderam evitar. Em outros termos, podem os sucessores, ante o contido nos arts. 1.829, II, 1.836, 1.837 e 1.845 do Código Civil, pretender autorizar a utilização do esperma congelado, desde que para concretizar a vontade de Roberto Jefferson Niels, sendo essa pretensão exercitável isoladamente pela autora, segundo os arts. 1791, parágrafo único, e 1.314, *caput*, do mesmo Código.

O caráter personalíssimo do direito ao próprio corpo e, pois, ao próprio material genético, parece não impedir que se aborde o tema na ótica do direito sucessório. A doutrina já reconhecia a disponibilidade de partes destacadas do próprio corpo quando destinadas a fins altruísticos ou científicos, estando a matéria hoje regulada expressamente no art. 14 do Código Civil vigente, que ressalva a intransmissibilidade dos direitos da personalidade prescrita pelo art. 11 do mesmo Código. O disposto no art. 199, par. 4º, da Constituição Federal não repele essa idéia, por não dirigir-se ao tratamento de situações como a de que cuidam estes autos, mesmo por estar a doação de esperma excluída da disciplina e das limitações impostas pela regulamentação da norma constitucional (Lei nº 9434/97, art. 1º, parágrafo único) e, ainda assim, por não parecer afrontá-la a pretensão ora analisada.

Importante também esclarecer que essa abordagem não pretende tratar o esperma coletado como herança deixada pelo *de cuius*. Prefere-se entrever, no tratamento da matéria sob o aspecto sucessório, simplesmente a busca de algum regramento, diante da lacuna da lei, para a transmissão de um aceitável direito de levar a cabo a vontade do falecido, sem que se deixe de reconhecer à autora o

exercício de um direito próprio, mais forte do que o direito de "fazer cumprir", eventualmente transferido por sucessão.

Realmente, Carlos Alberto Bittar, tratando do direito à disposição sobre o próprio corpo, e fazendo referência ao Código de 1916, considera-a "essencial para a consecução dos fins do matrimônio (Código Civil, arts. 229 e 231), definido exatamente como comunhão espiritual e material entre os cônjuges para a realização dos objetivos pessoais de cada um dos filhos e para a perpetuação da espécie. Daí têm os cônjuges direitos e deveres recíprocos quanto aos respectivos corpos" (Os direitos da personalidade. 4. ed. rev. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 80).

A autora, portanto, além da provável legitimação, como sucessora, para realizar a vontade do marido, parece ter também o direito de concretizar os planos feitos com ele, utilizando-se dos meios que deixou, notadamente porque, segundo prescrevem os §§ 5º e 7º do art. 226 da Constituição Federal, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo os direitos referentes à sociedade conjugal "exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Normas que, não por redundância, mas por sua importância, estão reafirmadas no art. 1565 do Código Civil vigente e no art. 2º da Lei nº 9.263/96.

Eis o *fumus boni iuris*, a verossimilhança do direito invocado na petição inicial, que se respalda nos documentos de fls. 48/52, quanto à finalidade do material coletado, quanto à vontade do esposo e quanto à anuência dos familiares à concretização do plano traçados em vida pela autora e por seu marido.

Quanto ao *periculum in mora*, deve ser aceito como indicativo da urgência do provimento jurisdicional o relatório médico de fl. 54, segundo o qual haverá, com o passar dos meses, diminuição da perspectiva de sucesso no procedimento de fertilização pelo envelhecimento ovular e pela deterioração das condições necessárias à gravidez segura. No dizer do Dr. Edison Luiz Almeida Tizzot, "somando-se as tentativas anteriores frustradas de gravidez, o sucesso em sua obtenção, assim como a possibilidade de evolução segura da gravidez e de bom prognóstico fetal, são hoje inversamente proporcionais à demora", a qual pode, de fato, trazer danos irreversíveis ao direito invocado pela autora.

Acresça-se que a possível irreversibilidade fática da liminar pretendida não deve obstar a sua concessão. O que o § 2º do art. 273 pretende evitar é a eventual irreversibilidade da lesão ao direito eventual do réu. No caso em questão não se entreve de que forma a irreversibilidade venha a afetar o laboratório, cujos interesses parecem já estar resguardados pela só postura responsável manifestada no documento de fl. 46, de exigir o suprimento judicial de omissões da lei ou do termo de fl. 38. O risco de irreversibilidade não obsta o provimento antecipatório se o indeferimento vier a tornar o direito do reivindicante inviável (STJ, AgRg no Ag 502.173/RJ, DJ 29.08.05, p. 247).

III.

Sendo assim, deiro a antecipação de tutela e determino à Androlab – Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia que realize o procedimento de inseminação artificial em Kátia Adriana Lenerneier, com o sêmen armazenado pertencente a seu marido Roberto Jefferson Niels.

Cite-se o réu, com as advertências dos arts. 285 e 319 do CPC, para que ofereça contestação em 15 dias.

Intimem-se.

Curitiba, 14 de maio de 2010.

Alexandre Gomes Gonçalves
Juiz de Direito

RECEBIDOS nesta data com
o duplo *signe*
Curitiba 14 de 05 de 10
ESCRIVENTE JURAMENTADA